

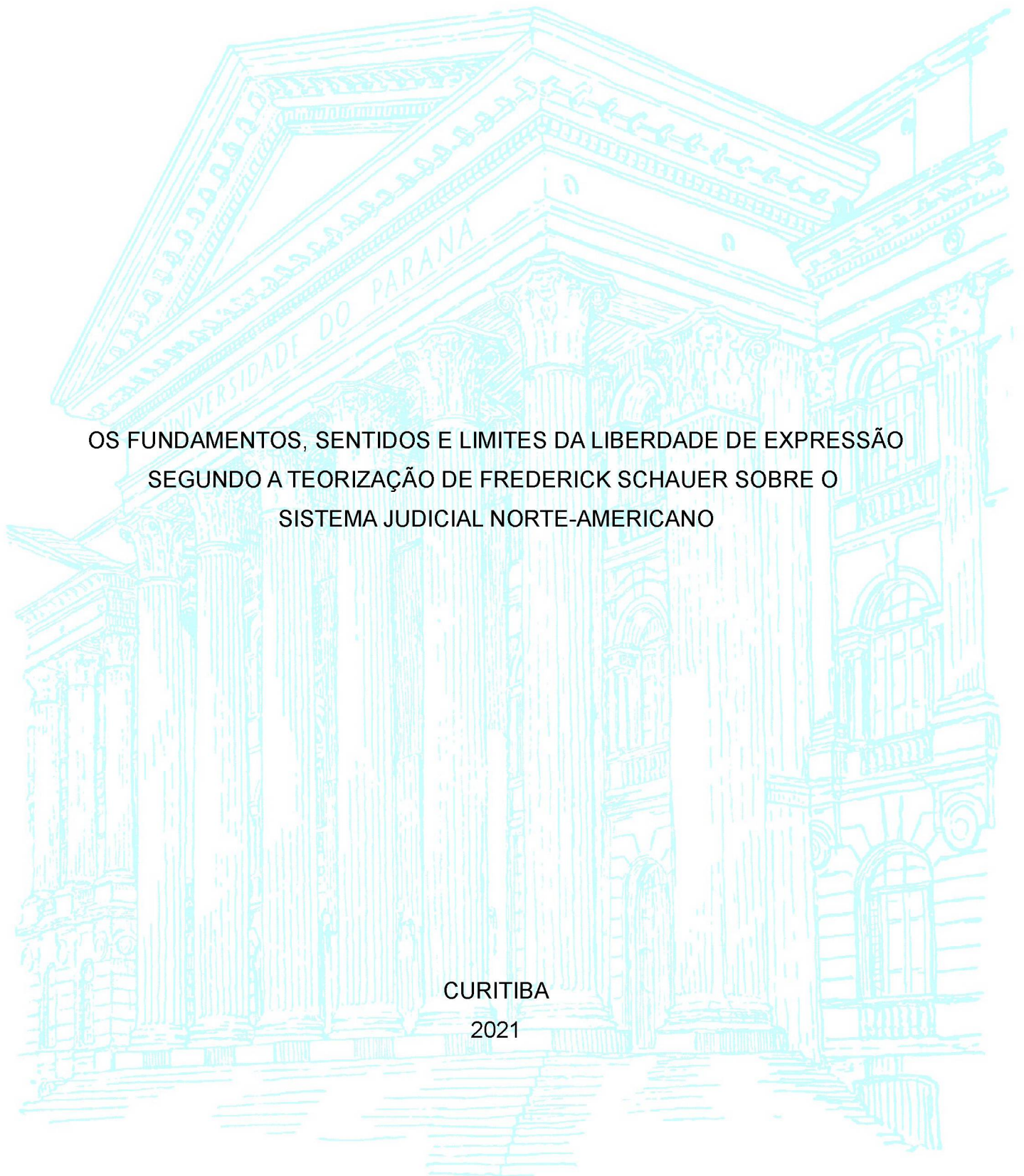
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA CARRENHO VALIATI

OS FUNDAMENTOS, SENTIDOS E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO  
SEGUNDO A TEORIZAÇÃO DE FREDERICK SCHAUER SOBRE O  
SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO

CURITIBA

2021



FERNANDA CARRENHO VALIATI

OS FUNDAMENTOS, SENTIDOS E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO  
SEGUNDO A TEORIZAÇÃO DE FREDERICK SCHAUER SOBRE O  
SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Democracia.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Cesar Antonio Serbena.

CURITIBA

2021

V172f

Valiati, Fernanda Carrenho

Os fundamentos, sentidos e limites da liberdade de expressão segundo a teorização de Frederick Schauer sobre o sistema judicial norte-americano [meio eletrônico] / Fernanda Carrenho Valiati. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Cesar Antonio Serbena.

1. Liberdade de expressão - Estados Unidos. 2. Schauer, Frederick, F., 1946-. I. Serbena, Cesar Antonio. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 342.727

**Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

ATA Nº140

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e oito de junho de dois mil e vinte e um às 09:30 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **FERNANDA CARRENHO VALIATI**, intitulada: **OS FUNDAMENTOS, SENTIDOS E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A TEORIZAÇÃO DE FREDERICK SCHAUER SOBRE O SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO**, sob orientação do Prof. Dr. CÉSAR ANTONIO SERBENA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CÉSAR ANTONIO SERBENA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), HELOISA FERNANDES CAMARA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLARISSA PITERMAN GROSS (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP), RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CÉSAR ANTONIO SERBENA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 28 de Junho de 2021.

Assinatura Eletrônica  
28/06/2021 13:13:29.0  
CÉSAR ANTONIO SERBENA  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
28/06/2021 12:28:53.0  
HELOISA FERNANDES CAMARA  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
28/06/2021 12:26:46.0  
CLARISSA PITERMAN GROSS  
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica  
02/07/2021 12:47:40.0  
RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)



## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **FERNANDA CARRENHO VALIATI** intitulada: **OS FUNDAMENTOS, SENTIDOS E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A TEORIZAÇÃO DE FREDERICK SCHAUER SOBRE O SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO**, sob orientação do Prof. Dr. CÉSAR ANTONIO SERBENA, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 28 de Junho de 2021.

Assinatura Eletrônica  
28/06/2021 13:13:29.0  
CÉSAR ANTONIO SERBENA  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
28/06/2021 12:28:53.0  
HELOISA FERNANDES CAMARA  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
28/06/2021 12:26:46.0  
CLARISSA PITERMAN GROSS  
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica  
02/07/2021 12:47:40.0  
RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador Cesar Serbena pelo apoio, a liberdade e a sugestão de investigação.

À minha família pelo alicerce e pelo ensino do valor da liberdade e da responsabilidade.

Às pessoas que contribuíram cada qual à sua maneira para que o mestrado fosse uma possibilidade: Alexandre, Gustavo, Rafael, Rui e Rhenio.

Aos colegas que compartilharam desafios e alegrias: Isabella, Marina, Gabriela, Mariam, Alana, Genevieve e tantos outros.

À Universidade Federal do Paraná enquanto instituição que tanto me proporcionou e que vai sempre ter um lugar especial na minha história, bem como à todas as pessoas que lutam para que a universidade pública e a Universidade Federal do Paraná em particular se mantenham vivas.

“The reader expecting a master-plan for the balancing of interests  
will be disappointed to learn that none is to be offered.  
Balancing interests cannot be reduced to simple *formulae*,  
much as we might wish that this could be so.”

Frederick Schauer.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é a apresentação do princípio da liberdade de expressão, seus fundamentos, fortalezas e fraquezas, segundo a perspectiva crítica de Frederick Schauer. Com tal objetivo, em primeiro lugar, revisamos os principais argumentos que ao longo da história foram utilizados para fundamentar o princípio e a abordagem de Schauer acerca de tais argumentos, dentre eles, o argumento da verdade, o argumento da democracia, o argumento da autorrealização, o argumento da dignidade e o argumento da autonomia. Em seguida, tratamos sobre questões de ordem prática relativas à descrição e à aplicação do princípio, como a distinção entre a cobertura e a proteção do princípio da liberdade de expressão, o conteúdo efetivamente coberto, as dimensões da coerção, a existência de danos decorrentes da expressão, a relação entre o princípio e os fatos demonstráveis, o excepcionalismo da cultura americana e a colisão do princípio com outros valores. Ao final, elencamos algumas situações fáticas nas quais a liberdade de expressão costuma se apresentar como um fator relevante na análise do tratamento jurídico aplicável e a leitura de Schauer a respeito, sendo estas situações o discurso de ódio, a difamação e o obsceno.

Palavras-chave: Princípio da liberdade de expressão. Frederick Schauer. Fundamentos. Aplicação.



## **ABSTRACT**

The goal of this work is to present the principle of freedom of expression, its foundations, strengths and weaknesses, according to the critical perspective of Frederick Schauer. To that end, firstly, we review the main arguments that throughout history have been used to substantiate the principle and Schauer's approach to such arguments, among them, the truth argument, the democracy argument, the self-realization argument, the dignity argument and the autonomy argument. Then, we deal with practical issues related to the description and application of the principle, such as the distinction between coverage and protection of the principle of freedom of expression, the content actually covered, the dimensions of coercion, the existence of damages arising from expression, the relationship between the principle and demonstrable facts, the exceptionalism of American culture and the collision of the principle with other values. In the end, we list some factual situations in which freedom of expression usually presents itself as a relevant factor in the analysis of the applicable legal treatment and Schauer's reading about it, these situations being hate speech, defamation and the obscene.

Keywords: Principle of freedom of expression. Frederick Schauer. Foundations. Application.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>28</b>
2.1 O ARGUMENTO DA VERDADE.....	30
2.2 O ARGUMENTO DA DEMOCRACIA.....	51
2.3 O ARGUMENTO DA AUTORREALIZAÇÃO.....	65
2.4 O ARGUMENTO DA DIGNIDADE.....	70
2.5 O ARGUMENTO DA DIVERSIDADE.....	71
2.6 O ARGUMENTO DA AUTONOMIA.....	72
2.7 O ARGUMENTO DO DESAFIO INTELECTUAL.....	75
2.8 O ARGUMENTO DA CONTRAPRODUTIVIDADE DA SUPRESSÃO.....	77
2.9 O ARGUMENTO DA FORÇA .....	79
2.10 O ARGUMENTO DO DANO MENOS GRAVE.....	81
2.11 O ARGUMENTO DA IMPLICAÇÃO NEGATIVA.....	88
<b>3 EXPLICAÇÃO E APLICAÇÃO.....</b>	<b>97</b>
3.1 A DISTINÇÃO ENTRE COBERTURA E PROTEÇÃO.....	97
3.2 A RELAÇÃO ENTRE DISCURSO E AÇÃO.....	101
3.3 AS CATEGORIAS E O CONTEÚDO COBERTOS DA COMUNICAÇÃO.....	108
3.4 O MAGNETISMO DA PRIMEIRA EMENDA.....	121
3.5 AS DIMENSÕES DA COERÇÃO.....	130
3.6 A EXISTÊNCIA DE DANOS.....	135
3.7 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FATOS.....	146
3.8 O EXCEPCIONALISMO DA CULTURA AMERICANA .....	157
3.9 COLISÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM OUTROS VALORES.....	166
3.10 A CONCEPÇÃO ESTRUTURALISTA DOS DIREITOS.....	174
<b>4 SITUAÇÕES ESPECÍFICAS.....</b>	<b>179</b>
4.1 O CASO DO DISCURSO DE ÓDIO.....	179
4.2 O CASO DA DIFAMAÇÃO.....	183
4.3 A QUESTÃO DO OBSCENO.....	193
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>203</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>218</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em 1787, após o embate entre as forças dos federalistas que pregavam a necessidade do fortalecimento do poder central e as forças dos republicanos que defendiam a necessidade de autonomia dos estados em detrimento a um governo central, na Convenção Constitucional de Filadélfia os delegados das colônias norte-americanas chegaram a um consenso e aprovaram a Constituição dos Estados Unidos, originalmente composta por sete artigos. Em seguida, com o objetivo de definir os limites do poder estatal em face da liberdades individuais, a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos – *United States Bill of Rights* - de autoria de James Madison foi ratificada em 1791 pelo Congresso Nacional, com a inclusão de dez emendas à Constituição dos Estados Unidos. De acordo com a Primeira Emenda, o Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, proibir o seu livre exercício, restringir a liberdade de expressão ou da imprensa, assim como não deve restringir o direito das pessoas de realização de reuniões pacíficas e pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas. Tal disposição alçou a liberdade de expressão ao *status* mais privilegiado possível dentro do ordenamento jurídico norte-americano, qual seja, o de direito fundamental. Semelhantemente, na grande maioria das democracias liberais contemporâneas, dentre as quais o Brasil, a liberdade de expressão é ostentada na categoria de direito fundamental.

Consequentemente é essencial que quando este direito fundamental esteja em jogo que se possa compreender do que é que se está falando quando existe a defesa de uma posição ou de uma pretensão como albergada pela liberdade de expressão, quais são os fundamentos que legitimam a proteção que tal garantia oferece – a razão de ser da liberdade de expressão –, as situações que ensejam a cobertura de tal direito fundamental, as situações que não ensejam a cobertura, qual é o grau de proteção conferido, em face de quais demais direitos e garantias fundamentais ele deve eventualmente ceder, se é que deve ceder e em quais ocasiões e condições tal cessão é legítima.

Considerando a importância do princípio, na presente investigação temos como objetivo apresentar o princípio da liberdade de expressão da forma como ele é compreendido, defendido e também criticado por Frederick Schauer ao longo da sua larga produção acadêmica sobre o tema.

Nascido em 15 de janeiro de 1946, Schauer fez bacharelado e mestrado pela Dartmouth College e, posteriormente, concluiu doutorado na Harvard Law School em 1972. Entre 1990 e 2008 foi o professor Frank Stanton da Primeira Emenda em Harvard e

atualmente tem o título de David and Mary Distinguished Professor of Law na Universidade de Virginia. Foi professor visitante na Escola de Direito de Columbia, Universidade de Chicago, Universidade de Toronto e Universidade de Oxford. Além do tema específico da liberdade de expressão, o autor tem larga produção acadêmica em direito constitucional, teoria da prova, raciocínio jurídico e filosofia do direito. Alguns dos seus livros mais célebres são *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991)<sup>1</sup>, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (2009)<sup>2</sup>, e *The Force of Law* (2015)<sup>3</sup>. Embora a liberdade de expressão tenha sido um tema mais presente no início de sua carreira, marcada pelo livro *Free Speech: a philosophical enquiry* (1982)<sup>4</sup>, o qual é a referência principal do presente trabalho, o autor permaneceu escrevendo artigos e proferindo palestras a respeito do tema até os dias atuais.<sup>5</sup> Além disso, a produção de Schauer em matéria de liberdade de expressão não se limitou aos próprios escritos. No ano corrente, em conjunto com Adrienne Stone, o autor editou e coordenou o manual *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*<sup>6</sup> publicado pela Oxford University Press. Nesse mesmo manual o autor publicou o capítulo *What is Speech? The Question of Coverage*, o qual é abordado no tópico 3.1 do presente trabalho. Contudo, o livro editado por Schauer reuniu capítulos de excelentes autores sobre uma série de temas distintos envolvendo a liberdade de expressão. O livro parte da premissa de que embora seja um dos princípios jurídicos e constitucionais mais amplamente aceitos e celebrados dos tempos modernos, a liberdade de expressão é também fonte de discordâncias duradouras e intensas, sendo o seu próprio poder questionado na contemporaneidade, em razão das novas ameaças à democracia e aos desafios da economia digital. Dentro deste contexto, o objetivo do manual editado por Schauer e Stone é fornecer uma exploração abrangente da liberdade de expressão como uma ideia política e como um princípio jurídico.

O manual foi estruturado em três partes. A primeira parte tem como foco a liberdade de expressão como uma ideia política, a sua história, os ideais que a fundamentam e a sua lógica subjacente. Sob a ótica da história, os capítulos

1 SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxônia: Oxford University Press, 1981.

2 SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

3 SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

4 SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a philosophical enquiry**. New York: Cambridge University Press, 1982.

5 University of Virginia School of Law. **Frederick Schauer: David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law**. Faculty Profiles. Disponível em: <https://www.law.virginia.edu/faculty/profile/fs7t/1206076>. Acesso em 28 mar. 2021.

6 SCHAUER, Frederick. *What is Speech? The Question of Coverage*. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (eds). **The Oxford Handbook of Freedom of Speech**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021.



apresentados discutem os argumentos clássicos a favor da liberdade de expressão, dentre eles a defesa de Mill da liberdade de expressão como facilitadora da busca pela verdade e pelo conhecimento e a defesa de Milton da liberdade de expressão como um princípio limitador do poder do governo. Do ponto de vista dos ideais, os capítulos abordam a proeminência, a complexidade e as dificuldades do argumento da verdade, a relação entre a liberdade de expressão e o auto-governo democrático, a conexão entre a liberdade de expressão e a autonomia e o argumento da dignidade, com a sua ideia de que a democracia é instrumental para este valor fundamental. Nesta parte também são exploradas algumas perspectivas específicas, como o potencial que uma análise informacional econômica pode ter de explicar algumas falhas no mercado de ideias e a relevância da ideia rawlsiana de razão pública para a liberdade de expressão.

O foco da segunda parte do manual é a liberdade de expressão como um princípio jurídico de direito constitucional, mediante o exame de questões que surgem no momento da aplicação do princípio. Os capítulos desta parte abordam a questão da cobertura do princípio da liberdade de expressão, uma crítica ao método da proporcionalidade, uma defesa das abordagens que tratam a liberdade de expressão como absoluta dentro do seu escopo de aplicação, a liberdade de expressão como um princípio de direito internacional, a estrutura do princípio da liberdade de expressão e os seus vários componentes, como a fonte, a força, os sujeitos, o escopo, a natureza da obrigação imposta, as limitações deste direito e o papel do Estado nestas ocasiões.

Na terceira e última parte do manual, entram em foco as controvérsias que surgem nos sistemas constitucionais ao redor do mundo e em alguns contextos específicos e interessantes para a aplicação do princípio, dentre eles o discurso de ódio, a pornografia, o discurso religioso, a privacidade e a publicidade comercial, todos marcados pelo excepcionalismo da cultura norte-americana. Do ponto de vista da relevância do princípio da liberdade de expressão para a democracia, os capítulos abordam a justificativa da democracia para a exceção da proteção da honra em matéria de difamação de autoridades públicas, o contexto das eleições, a questão do insulto público e o conceito de foro público para a limitação do poder estatal de regulamentação em manifestações e protestos. Os capítulos abordam também a discussão sobre o discurso que causa conduta ilegal como o terrorismo, a liberdade de expressão no contexto do ambiente de trabalho e o potencial dos empregadores de interferir no direito de liberdade de expressão de seus funcionários, a dificuldade da incorporação da música e da arte em uma teoria da liberdade de expressão sem também incluir um espectro de atividades humanas muito maior do que a pretensão e, por fim, os desafios e as complicações que surgem da natureza da comunicação em massa na mídia tradicional, nas redes sociais e

na economia digital. Sem dúvida, dada a abrangência de tópicos trabalhados, a profundidade e a qualidade da discussão, o manual coordenado por Schauer e Stone é uma inestimável contribuição para o estudo e a compreensão do princípio da liberdade de expressão.

Conforme, espera-se, ficará claro no decorrer do trabalho, a abordagem do autor acerca da liberdade de expressão é extremamente autêntica, no sentido de que ele exibe um distanciamento ideológico e emocional muito grande dos assuntos bordados e no sentido de que o autor explora com muita profundidade, quase um esgotamento, cada uma das consequências filosóficas e práticas de cada proposição argumentativa que ao longo da história foi utilizada para apoiar ou rejeitar o princípio da liberdade de expressão. Com essa autenticidade, distanciamento e compromisso com o rigor analítico revelam-se os motivos que tornam o relato da obra de Schauer interessante e proveitoso, na medida em que o conjunto das suas considerações pode contribuir para formar uma nova perspectiva sobre o princípio da liberdade de expressão, adicionando um novo nível de complexidade às discussões e controvérsias tradicionais acerca do princípio, não só apenas para a jurisdição de origem do autor, como também para a jurisdição brasileira.

Considerando a sua originalidade e autenticidade, a perspectiva de Schauer sobre o princípio da liberdade de expressão teve notável repercussão no meio acadêmico, com alternância apenas entre crítica e exaltação, sem neutralidade.

Para Mark Yudof<sup>7</sup>, Schauer se livra de muito excesso de bagagem recusando-se a discutir o significado específico da Primeira Emenda, na medida em que ele não está preocupado com as restrições positivistas da linguagem, do texto e da história dessa Emenda, nem está muito inclinado a reformular as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Yudof destaca que Schauer, a partir de uma estrutura mais conceitual do que jurídica, quer explorar os princípios que podem sustentar a liberdade de expressão, iluminar questões de filosofia política, estimar as consequências de abordagens diferentes e sondar inconsistências e linhas comuns, com ênfase na clareza conceitual e na redução da confusão analítica. Mark Yudof ressalta que muitos trabalhos acadêmicos sobre liberdade de expressão são uma reminiscência de mapas da Idade Média, no sentido de que são mais simbólicos do que reais, mais reflexos de fé do que de fatos observados. Nessa perspectiva, para Yudof, Schauer é o Mercator dos modernos teóricos da primeira emenda, evitando a fé cega e as metáforas banais e adotando métodos analíticos e empíricos.

---

7 YUDOF, Mark G. In Search of a Free Speech Principle. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 82, 4. ed., p. 680-708, 1984, p. 680, 681.

Thomas Crowley<sup>8</sup> acrescenta que todos nós temos intuições sobre a liberdade de expressão, no entanto, muitas vezes nos faltam as ferramentas analíticas para esclarecer a discussão e levá-la adiante de maneira produtiva. Segundo Crowley, graças à Schauer, ninguém pode dizer que as ferramentas não estão disponíveis, eis que com muita clareza e um firme domínio da literatura filosófica e jurídica relacionada à liberdade de expressão, Schauer não apenas desenvolveu uma teoria da liberdade de expressão de considerável poder e mérito, mas também ajudou a trazer ordem conceitual para uma área do pensamento jurídico - as discussões sobre a Primeira Emenda - em que nosso uso da linguagem tem sido frouxo, generalizações excessivas muitas vezes passaram por princípios e em que o fracasso em fazer as distinções necessárias levou à confusão em teoria e prática.

De acordo com David O'Brien<sup>9</sup>, a despeito da circunstância de que o remanescente é apenas uma teoria coerente da liberdade de expressão e pouca orientação para resolver conflitos particularmente difíceis, a dissecação exaustiva e muitas vezes criativa de argumentos concorrentes para definir e delimitar a liberdade de expressão continua útil. Além disso, para O'Brien, este exercício, refrescantemente ausente da pretensão de algumas outras obras não interpretivistas contemporâneas, convida a mais reflexão e debate.

A marcante característica da precisão analítica e conceitual de Schauer foi novamente destacada por Franklyn Haiman, nos seguintes termos:

Tem sido minha experiência que alguns dos escritos mais claros e provocativos sobre a Primeira Emenda surgiram, não de advogados, limitados como muitas vezes parecem ser pelos precedentes, tecnicismos e jargão de seu campo, mas de filósofos como Alexander Meiklejohn, cientistas políticos como Walter Berns e jornalistas como Alan Barth. Frederick Schauer, Professor Cutler de Direito no College of William and Mary, é um exemplo brilhante do contrário. Ele, como ele mesmo diz, "descartou essa orientação jurídica para falar sobre a liberdade de expressão como uma questão filosófica" e o fez com notável clareza e discernimento. É a tese de Schauer que a adjudicação de conflitos envolvendo liberdade de expressão sofre de uma compreensão insuficiente dos fundamentos filosóficos da Primeira Emenda, e ele começa a tarefa de limpar a confusão intelectual que ele encontra em torno do que chama de Princípio da Liberdade de Expressão. Com precisão analítica como uma faca, ele corta as justificativas tradicionais que foram oferecidas para a liberdade de expressão, apontando as fraquezas que ele encontra em cada uma das razões consagradas pelo tempo - o argumento da busca pela verdade, o autogoverno, a autoexpressão, a autonomia e o argumento da catarse.<sup>10</sup>

8 CROWLEY, Thomas M. Free Speech: a Philosophical Enquiry. By Frederick Schauer. **The American Journal of Jurisprudence**, Nova Iorque, vol. 29, p. 223-228, 1984, p. 224.

9 O'BRIEN, David M. Free Speech: A Philosophical Enquiry. By Frederick Schauer, **The American Political Science Review**, Nova Iorque, vol. 77 p. 1122-1123, 1983.

10 HAIMAN, Franklyn S. Free Speech: A Philosophical Enquiry. Frederick Schauer. **Philosophy & Rhetoric**, University Park, vol. 17, n. 3, p. 176-178, 1984. (Em tradução própria da autora, doravante apenas "TPA").

Segundo Mark Matthew Leitner<sup>11</sup>, o esforço de Schauer para elaborar as condições sob as quais o discurso pode ser especial é importante por várias razões. Em primeiro lugar, ele representa o que pode ser denominado uma mudança de paradigma na teoria da liberdade de expressão liberal contemporânea, longe de teorias baseadas em uma justificativa primária para a liberdade de expressão para abordagens nas quais existem vários valores fundamentais potencialmente incompatíveis. Em segundo lugar, Leitner aponta que a teoria de Schauer sugere que não existe um único teste prático para determinar se um determinado ato de fala tem direito à proteção. Terceiro, em contraste com o consenso contemporâneo, Leitner destaca a conclusão de Schauer de que o *status* especial do discurso é mais bem justificado pela incompetência peculiar do governo para regular o discurso do que por qualquer atributo particular da expressão que o tornaria especialmente valioso.

Para Thomas Crowley<sup>12</sup>, a conclusão é que Schauer prova amplamente seu caso ao mostrar que a busca pelo Graal dos princípios absolutos e perfeitamente aplicados não só é infrutífera no final, como pode ser de fato contraproducente. Crowley frisa que assim como não confiamos no governo para determinar o que é verdade e o que é certo, devemos ser cautelosos em colocar uma fé absoluta em nossas teorias filosóficas para fazer isso. Segundo Crowley, no que toca especificamente o livro *Free Speech: a philosophical enquiry*, todos temos uma dívida com Schauer pelo emprego da filosofia analítica para desenvolver as percepções e distinções necessárias para esclarecer tanto nossa linguagem quanto nossos conceitos, nossas teorias e nossa prática do discurso. Crowley conclui que todas as discussões sobre liberdade de expressão e todos aqueles que a discutem lucrarão com o trabalho claro e cuidadoso de Frederick Schauer.

Contudo, como esclarecido acima, a repercussão no meio acadêmico se dividiu entre elogios e críticas. Uma destas críticas veio de David Pannick<sup>13</sup> que entende que, a despeito do rigor e clareza de Schauer, suas considerações são examinadas de uma perspectiva que será de interesse principalmente do filósofo. Segundo Pannick, é uma questão de pesar para o advogado interessado em entender os fundamentos de nossos princípios jurídicos que Schauer tenha tratado a liberdade de expressão como uma questão filosófica, divorciando a investigação de questões jurídicas específicas ou sobre a proteção da liberdade de expressão em sistemas jurídicos específicos.

---

11 LEITNER, Mark Matthew. Liberalism, Separation and Power. **Wisconsin Law Review**, Madison, vol. 67, p. 79-120, 1985, p. 79, 80.

12 CROWLEY, Free Speech: a Philosophical Enquiry. By Frederick Schauer, 1984, p. 227-228.

13 PANNICK, David. Free Speech: a Philosophical Enquiry by Frederick Schauer. **The Modern Law Review**, Nova Jersey, vol. 47, n. 1, p. 129-131, 1984, p. 129.



No tocante à abordagem de Schauer acerca de categorias específicas de controvérsia da liberdade de expressão, como a difamação e a questão do obsceno, Franklyn Haiman<sup>14</sup> aponta que este seria o momento em que o exercício filosófico de Schauer seria colocado à prova. Contudo, para Haiman, apesar de toda a inestimável devastação que Schauer causou na filosofia convencional da liberdade de expressão, as conclusões que ele chega em cada uma dessas áreas são virtualmente indistinguíveis do estado atual da lei da Primeira Emenda, conforme ela é interpretada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, indicando que as abstrações tradicionais que Schauer critica levaram aos mesmos resultados concretos que o revisionismo do autor produziria.

O apontamento de uma diferença metodológica entre as primeiras partes mais conceituais da teorização de Frederick Schauer e a última parte na qual são analisados os contextos específicos de controvérsias envolvendo a liberdade de expressão também foi destacado por Mark Yudof<sup>15</sup>. Para ele, o aspecto mais desconcertante do trabalho de Schauer é a sua confiança no método analítico nos capítulos sobre teoria e sua rejeição tácita desse método nos capítulos sobre aplicações. Quanto aos primeiros capítulos, Yudof aponta que falhas conceituais são amplamente demonstradas por Schauer por meio de contra-exemplos, em resposta aos excessos retóricos dos filósofos da liberdade de expressão que buscam uma teoria geral que se baseie em uma perspectiva única e coerente. Segundo Yudof, o estilo retórico de Schauer, embora seja sensível ao perfeccionismo de outros teóricos, faz parecer que ele também é um perfeccionista, no sentido de que se sua mente fértil pode evocar um contra-exemplo, uma teoria foi devastada. No entanto, Yudof frisa que quando está tratando sobre a aplicação do princípio, Schauer é muito mais prático e realista, evitando argumentos conceituais perfeitos para o ajuste inevitável de princípios conflitantes no mundo imperfeito em que vivemos. Yudof ressalta que é como se houvesse dois Frederick Schauers: um é eclético sobre as teorias da liberdade de expressão e reconhece os limites dos argumentos filosóficos e o outro parece perfeccionista, adotando um estilo analítico reativo que desmente esse ecletismo, sendo que as duas perspectivas simplesmente coexistem e nunca estão explicitamente vinculadas uma à outra.

Para Yudof, Schauer valorizou excessivamente a análise em detrimento da síntese, circunstância esta que, a despeito das críticas, também tem suas vantagens. De acordo com Yudof:

No final, o professor Schauer é vítima de um método filosófico que valoriza a

---

14 HAIMAN, Free Speech: A Philosophical Enquiry. Frederick Schauer, 1984.

15 YUDOF, In Search of a Free Speech Principle, 1984, p. 696.

análise em vez da síntese. Ele destrói a estrutura da liberdade de expressão, examina os tijolos um de cada vez, descarta a maioria e depois tem problemas para reconstruir o edifício. A defesa de um princípio de liberdade de expressão, enraizado na incerteza e na desconfiança do governo, requer uma abordagem holística para se manter. [...] Seu objetivo pode ter sido apenas iluminar os princípios de liberdade de expressão por meio de uma "investigação filosófica". O fato de ele escolher investigar os fundamentos dos princípios tradicionais da liberdade de expressão, em vez de sintetizá-los em um princípio mais complexo, não diminui as muitas virtudes de sua empreitada. A destruição do edifício existente pode ser um precursor necessário para a construção de um novo.<sup>16</sup>

Conforme destacado por Yudof acima, opinião esta referendada pela autora deste trabalho e que justifica o presente estudo da obra de Schauer, a destruição do terreno existente em matéria de liberdade de expressão, embora potencialmente desestimulante à primeira vista, pode dar um intermédio necessário para que eventual avanço na forma de compreensão e de proteção da liberdade de expressão se constitua em um avanço sólido, seguro e despido das várias falhas conceituais que enfraquecem o solo atual da liberdade de expressão e que, conseqüentemente, a fragilizam em momentos de tensão com outros princípios colidentes em casos concretos difíceis.

A conclusão de Yudof é que sejam quais forem suas deficiências, Schauer deu uma enorme contribuição para a nossa compreensão dos conceitos que fundamentam a liberdade de expressão, ao ponto de se aplicar o que George Orwell disse certa vez sobre Charles Dickens, de que ele "é um daqueles escritores que vale a pena roubar". Yudof destaca que poucos concordarão com todas as conclusões de Schauer, pois ele tenta mapear um terreno muito traiçoeiro para todos, exceto os mais corajosos. Segundo Yudof, embora Schauer se recuse a ofuscar sua visão com os óculos cor-de-rosa dos verdadeiros crentes ou com as vendas ideológicas de libertários e teóricos jurídicos críticos, partidários de todas as convicções serão enriquecidos por seus esforços.<sup>17</sup>

Antes de prosseguir na investigação é importante também neste momento introdutório esclarecer uma circunstância bastante relevante sobre a tradução que fizemos das obras de Schauer para a compreensão do trabalho e de seus possíveis limites. Embora o autor também se refira ao tema como *freedom of expression* em alguns artigos, na maior parte do tempo ele usa em seus escritos o termo *free speech*, em detrimento a *freedom of expression*. Ocorre que, para nós brasileiros, *free speech* é um anglicanismo que não encontra uma tradução exata para o português. A dificuldade na tradução deve ser apontada também porque em determinado momento Schauer critica justamente a amplitude gerada pela ideia de *freedom of expression*, em razão do grande

16 YUDOF, In Search of a Free Speech Principle, 1984, p. 701, 702. (TPA).

17 Ibidem, p. 708.

espectro de condutas humanas que poderiam ser categorizadas como expressão, tornando difícil o reconhecimento da existência de um princípio da liberdade de expressão distinto de princípios gerais de liberdade.<sup>18</sup>

Assim, considerado o anglicanismo quanto ao termo *free speech*, a necessidade de poder abordar os momentos em que esta distinção seria importante e também a necessidade de alguma tradução, haveria duas alternativas: de um lado, seria possível criar um novo termo em português com uma tradução mais literal de *free speech*, como liberdade da comunicação, por exemplo<sup>19</sup>, o que nos permitiria abordar sem grande dificuldade os momentos em que a amplitude do termo expressão se mostra como um aspecto importante no trabalho do autor; de outro lado, seria possível realizar a tradução contextual de *free speech* como liberdade de expressão que é o correspondente de uso em português mais próximo e adequado, embora não exato, com o devido esclarecimento

---

18 Para exemplificar a relevância da distinção entre os termos, transcrevemos trecho em que a questão é abordada, inicialmente, sem tradução, e em seguida, com tradução livre na qual se considerou *free speech* como liberdade do discurso para ser possível a distinção com a liberdade de expressão enquanto *freedom of expression*: *"It is certainly possible to argue that a free speech principle is in fact a free expression principle, encompassing other forms of selfexpression as well as communication. But if we look closely at this argument, we discover that there emerges no Free Speech Principle at all, because we must conclude that there is nothing special about speech. My mode of dress is usually a form of selfexpression, as is the length of my hair and the style in which I wear it. Both my choice of occupation and residence are frequently ways of expressing myself. Choosing to drive a Ford or a Mini might not be an obvious form of self-expression, but choosing a Ferrari or an Hispano-Suiza most certainly is. If I have beaten this point beyond submission, it is only to emphasize that selfexpression is an unworkably amorphous concept, subtracting far more than it adds to any sensible view of what free speech means. Speech as communication is of course a method of self-expression, but the concept of self-expression is not helpful to an analysis of free speech. When speech is considered merely as one form of self-expression, nothing special is said about speech. Because virtually any activity may be a form of self-expression, a theory that does not isolate speech from this vast range of other conduct causes freedom of speech to collapse into a principle of general liberty."* *"É certamente possível argumentar que um princípio da liberdade do discurso é na verdade um princípio da liberdade de expressão, abrangendo outras formas de autoexpressão, bem como de comunicação. Mas se olharmos atentamente para este argumento, descobrimos que não surge nenhum Princípio da Liberdade do Discurso, porque devemos concluir que não há nada de especial no discurso. Meu modo de vestir é geralmente uma forma de autoexpressão, assim como o comprimento do meu cabelo e o estilo em que o uso. Tanto a minha escolha de ocupação quanto de residência são frequentemente formas de me expressar. Escolher dirigir um Ford ou um Mini pode não ser uma forma óbvia de autoexpressão, mas escolher uma Ferrari ou um Hispano-Suiza certamente é. Se superei esse ponto além da submissão, é apenas para enfatizar que a autoexpressão é um conceito impraticável e amorfo, subtraindo muito mais do que acrescenta a qualquer visão sensata do que deve significar a liberdade do discurso. O discurso como comunicação é, obviamente, um método de autoexpressão, mas o conceito de autoexpressão não é útil para uma análise da liberdade do discurso. Quando o discurso é considerado meramente como uma forma de autoexpressão, nada de especial é dito sobre o discurso. Como virtualmente qualquer atividade pode ser uma forma de autoexpressão, uma teoria que não isola o discurso desta vasta gama de outras condutas faz com que a liberdade do discurso desmorone em um princípio de liberdade geral."* SCHAUER, **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 51, 52

19 O próprio Schauer aponta que alguns trabalhos atualmente já utilizam esta terminologia de liberdade da comunicação. Conforme escreve o autor: *"Com o reconhecimento implícito dessas questões terminológicas de sub e superinclusão, tomou-se cada vez mais comum referir-se ao direito em questão como a "liberdade de comunicação". Esta mudança na terminologia aborda os problemas da subinclusão de "speech" e a superinclusão de "expression", mas ao mesmo tempo a mudança expõe um problema maior e mais importante, que vai além de um simples rótulo. Especificamente, as várias tentativas de encontrar o rótulo certo para este direito expõe o que podemos chamar de problema de cobertura"*. In: SCHAUER, Frederick. *What is Speech? The Question of Coverage*. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (eds). **The Oxford Handbook of Freedom of Speech**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021, p. 161, 162.

dos momentos no trabalho em que essa ausência de correspondente exato tenha tido relevância.

A questão, na verdade, é mais uma zona cinzenta do que algo binário, e certamente caberia um trabalho inteiro apenas dedicado às consequências desse contratempo na tradução e aos reflexos para a tradição jurídica brasileira da ausência de uma categoria específica como a liberdade do discurso. De todo modo, examinar estas consequências não é o objetivo do trabalho e, dada a necessidade, após a cogitação de ambas as alternativas, optamos pela segunda. Isso porque como não há uma correspondência de uso exato para *free speech* na língua portuguesa, a nossa doutrina e tradição jurídica foram cimentadas unicamente em torno do termo liberdade de expressão. Assim, entendemos que eventual tradução literal com a criação de um novo termo como liberdade do discurso, por exemplo, poderia criar uma distância muito grande com aquilo que já conhecemos, compreendemos e aplicamos a título do princípio da liberdade de expressão. Entendemos ainda que essa distância seria indevida justamente pela ausência histórica de um termo em português para *free speech*, o que indica que dentro da formação da nossa compreensão sobre a liberdade de expressão inclui-se, em alguma medida, o que os norte-americanos entendem por *free speech*. Em certa medida, tal aspecto e possibilidade parece ser também sugerido por Schauer, que provavelmente ciente da inexistência dessa categoria para nós em palestra por videoconferência promovida pelo Centro de Estudos da Constituição utilizou os termos “*free speech or freedom of expression*” de modo informal e substitutivo em pelo menos duas ocasiões.<sup>20</sup>

Esclarecido o contratempo acima acerca da tradução, antes do início do relato do trabalho propriamente dito cabe, neste momento introdutório, abordarmos e ressaltarmos duas premissas importantes que devem nortear a compreensão do trabalho de Schauer acerca da liberdade de expressão e que estão presentes também em vários pontos trabalhados pelo autor. A primeira premissa diz respeito ao que devemos compreender por liberdade de expressão e a segunda premissa diz respeito à natureza hipotética do princípio da liberdade de expressão.

No tocante à primeira premissa acerca do que devemos compreender por liberdade de expressão, a questão destaca a relevância da categorização e dos seus efeitos, tendo em vista que quando descrevemos algo o que ocorre é também uma demarcação deste algo, em face de outras descrições. Como consequência, o que não fez parte da descrição está fora do alcance dos efeitos decorrentes da categorização. Daí

---

20 SCHAUER, Frederick. Webinar: Truth, Falsity and Free Speech in Times of Crisis, **Centro de Estudos da Constituição (CCONS)**, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 28 maio 2020, Disponível em: <https://www.facebook.com/ufprccons/videos/280328666473358>. Acesso em: 28 maio 2020.



a importância de uma adequada descrição da cobertura do princípio da liberdade de expressão, pois se não existem limites de cobertura e se não se tem uma segurança, ainda que mínima, quanto ao que o princípio deve compreender, o resultado é um princípio extremamente amplo que prejudica a proteção necessária aos casos em que a liberdade de expressão é efetivamente indispensável. Esta preocupação com a demarcação dos fundamentos e dos limites da liberdade de expressão para o devido estabelecimento da sua cobertura é uma presença forte na investigação de Schauer. Para o autor, embora não sejam questões absolutamente desconexas, a demarcação se inicia com a devida distinção entre o que deve ser o escopo da cobertura e o sentido do uso ordinário do termo liberdade de expressão, o qual pode obscurecer a definição da cobertura. Conforme explica o autor:

O nosso pensamento sobre direitos específicos é frequentemente obscurecido pelas *palavras* que nós usamos para descrever estes direitos. É importante lembrar, contudo, que direitos são muito mais complexos (e usualmente mais qualificados) do que as palavras específicas que usamos para falar sobre estes direitos no cotidiano. [...] As palavras que usamos para descrever esse conceito complexo tornam a discussão simples, mas com frequência servem para tornar obscuro aquilo de que efetivamente estamos falando sobre. [...] Reconhecer a linguagem dos direitos como uma forma de linguagem técnica nos conduz a rejeitar uma análise da linguagem ordinária da liberdade de expressão como um método frutífero. Da mesma forma que investigar o que as pessoas ordinariamente querem dizer quando usam a palavra “conjunto” nos diz quase nada sobre a teoria dos conjuntos, investigar o que as pessoas ordinariamente querem dizer quando elas usam “liberdade de expressão” nos diz pouco sobre o conceito que é o foco deste livro. Em síntese deve haver *alguma* conexão entre o conceito e as palavras que usamos para descrevê-lo. Nós dizemos “liberdade de expressão” e não “liberdade das alcachofras” ou “liberdade do vislumbre” porque a conduta comunicativa e linguística é em alguma medida central. Mas as palavras fornecem pouco mais do que este guia rudimentar e pré-teórico. Elas nos dizem virtualmente nada sobre as dimensões do conceito ou sobre a resolução dos difíceis problemas que aparecem na sua aplicação.<sup>21</sup>

Schauer observa ainda que reconhecer a relativa desimportância do termo liberdade de expressão torna possível evitar duas armadilhas. A primeira seria assumir que todas as atividades que contam como expressão na linguagem ordinária estariam compreendidas no conceito e correspondentemente afastar todas as que não estejam incluídas nesse conceito ordinário. Como exemplos, o autor cita que existem muitas formas de conduta que não são consideradas como expressão e que mesmo assim incluímos no conceito de liberdade de expressão, como empunhar uma bandeira, um botão com um símbolo político ou uma pintura a óleo<sup>22</sup>, além de que existem muitas atividades que constituem

21 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 12, 13. (TPA).

22 Desde logo, identificamos aqui um momento em que a dificuldade na tradução se fez relevante, eis que tais atividades no sentido do uso ordinário da palavra expressão em português poderiam sim gerar a ideia de cobertura do princípio, contrariamente ao que foi sugerido do autor. Com efeito, a questão de tais atividades não serem ordinariamente consideradas como dentro da cobertura do princípio só faz sentido

expressão no seu sentido ordinário, mas que não são abrangidas pelo princípio, como um contrato, falso testemunho e extorsão verbal. Por estas razões, o autor frisa que a liberdade de expressão em seu sentido ordinário é ao mesmo tempo subinclusiva e superinclusiva.<sup>23</sup>

Para o autor, a segunda armadilha que evitamos quando reconhecemos a relativa desimportância do termo está relacionada às falácias do essencialismo e do reducionismo, as quais fazem com que pensemos que em direitos complexos, como a liberdade de expressão, haveria apenas um único conceito envolvido e que este único conceito tem uma essência, um fundamento central. Por outro lado, segundo Schauer, pode ser que a liberdade de expressão não seja apenas um único direito, liberdade ou princípio e, sim, uma coletânea de distintos, ainda que interrelacionados, princípios. Schauer destaca que o mais provável é que os princípios que juntamos sob a super simplista rubrica da liberdade de expressão tenham no melhor dos casos apenas uma semelhança de família, e embora possa existir uma relação mais próxima do que esta, não há nenhuma razão para que isto deva ser o caso.<sup>24</sup>

Um dos objetivos de Schauer, que será abordado no presente estudo, é justamente a separação de alguns destes princípios ou fundamentos e a demonstração de que nem todos eles sobrevivem ao escrutínio filosófico. Assim, ao longo da investigação devemos ter em mente essa premissa de impossibilidade de utilização do sentido decorrente do uso ordinário acerca do princípio da liberdade de expressão, tendo em vista que esse uso ordinário nos diz muito pouco sobre o que é que deve ser o princípio.

Já quanto à segunda premissa acerca da natureza hipotética do princípio da liberdade de expressão, Schauer observa que os princípios são a moeda da filosofia política e que os princípios políticos podem ou não ser independentes. O autor explica que os independentes têm a sua própria justificação, isto é, a sua aceitação não depende da aceitação do argumento para um princípio mais geral e inclusivo, de forma que o aspecto mais significativo de um princípio que é apenas uma instância de um princípio maior é que a aceitação desse princípio mais específico depende da aceitação do princípio maior. Conforme explica o autor:

O que significa dizer que um direito existe? Como uma questão puramente filosófica, questões sobre a existência (ou não) de um direito envolvem as

---

quando lembramos que aqui o autor está se referindo à *free speech*, ou seja, discurso livre, e não expressão.

23 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 13.

24 Ibidem, p. 14.

questões mais profundas da metaética, e afirmar que um direito existe é fazer uma reivindicação sobre o que são direitos e de onde vêm. Mas em um nível mais prático, os direitos são (ou não são) criados como uma questão de lei positiva, eles são (ou não são) reconhecidos na política, política e cultura, e eles são (ou não são) falados e usados como armas retóricas em vários contextos públicos e privados. E em cada um desses domínios não profundamente filosóficos, surgem questões sobre exatamente quais direitos existem e sobre quais direitos deveriam ser criados ou reconhecidos. Perguntas sobre o que é um direito de existir e o que significa reconhecer, falar sobre, criar e fazer cumprir um direito surgem com frequência particular no contexto do que é conhecido como liberdade de expressão e liberdade de comunicação. Portanto, há boas razões para destacar esse direito, mesmo que principalmente como um exemplo de um problema maior. O problema maior é, vagamente, sobre a relação de direitos específicos com direitos mais gerais. Podemos chamá-lo de problema de direitos aninhados.<sup>25</sup>

Segundo Schauer, existem ainda situações passíveis de justificação e categorização tanto como um princípio independente, quanto como instâncias de um princípio maior. O autor apresenta a liberdade de expressão como o exemplo perfeito dessa hipótese, pois ela poderia ser apresentada como um componente de um princípio geral de liberdade que inclui a liberdade de se expressar, ou poderia ser justificada por argumentos independentes que derivariam de características distintas ou especiais da expressão e que justificariam essa proteção particular.<sup>26</sup> Para o autor:

Na medida em que rejeitamos muitos dos chavões clássicos sobre liberdade de expressão e nos envolvemos em uma análise um pouco mais rigorosa na tentativa de descobrir porque a expressão - potencialmente prejudicial e perigosa, muitas vezes ofensiva, e o instrumento do mal, tanto quanto o bem - deve ser tratada como ela é, nossas intuições sobre o valor da liberdade de expressão, por mais sólidas que sejam, são difíceis de conciliar com esta análise. A dor, parece-me, é causada pelo fato de embora a resposta para a pergunta "a expressão deve ser especial?" seja provavelmente "sim", a resposta para a pergunta "a expressão é especial?" é provavelmente "não". Reconciliar esta inconsistência é a agenda que não podemos evitar.<sup>27</sup>

Assim, a hipótese que se coloca é se a liberdade de expressão é um princípio independente ou se é apenas uma instância de princípios gerais de liberdade. Quanto a esta hipótese, Schauer observa:

Nós *acreditamos* que existe algo especial sobre a liberdade de expressão, pois do contrário não nos referiríamos a ela do jeito que fazemos. Parece que nós aceitamos a liberdade de expressão como um princípio independente e distinto de forma intuitiva, mais do que apenas uma instância de um princípio geral de

25 SCHAUER, Frederick. Free Speech on Tuesdays. **Law and Philosophy**, Nova Iorque, vol. 34, n.2, p. 119-140, 2015, p. 1. (TPA).

26 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 5.

27 SCHAUER, Frederick. Must Speech Be Special?, **Northwestern Law Review**, Chicago, vol. 78, n. 5, p. 1284-1306, 1983, p. 1306. (TPA).

liberdade. As nossas intuições podem estar equivocadas. Elas sugerem, contudo, que investigar os fundamentos de um princípio independente da liberdade de expressão pode ser proveitoso. Se tais fundamentos existem, a liberdade de expressão irá emergir como um princípio independente, com o poder e a capacidade de sobrevivência anteriormente referida. Mas se os fundamentos não forem sólidos, se não existe um princípio da liberdade de expressão independente de um princípio geral de liberdade, então a liberdade de expressão é mais uma instância do que um princípio.<sup>28</sup>

Dessa forma, reconhecendo que a eventual independência da liberdade de expressão enquanto princípio político é apenas uma hipótese, a qual, contudo, vale a pena ser investigada, Schauer esclarece que fará referência a este hipotético princípio como o Princípio da Liberdade de Expressão, o qual se pretende independente de princípios gerais de liberdade.<sup>29</sup>

O autor ressalta que estabelecer a distinção entre o princípio da liberdade de expressão e aquilo que se pode chamar de teoria libertária dos princípios gerais de liberdade é importante por três razões: a primeira é que a distinção demonstra que argumentos libertários explicam muito pouco um princípio da liberdade de expressão que protege ações instrumentais; em segundo lugar, para Schauer, a distinção entre a teoria da liberdade de expressão e a teoria libertária torna o princípio da liberdade de expressão imune de rejeições do libertarianismo; por fim, o autor frisa que reconhecer que a expressão deve ser protegida independentemente do fato de que a expressão pode causar danos significa que a identificação de danos causados por um determinado ato de expressão não justifica por essa única razão a regulamentação do ato.<sup>30</sup>

Quanto à consequência da existência de um Princípio da Liberdade de Expressão, para o autor, a consequência principal está na relação entre a existência desse princípio e os limites da intervenção estatal. Schauer destaca que quando o Princípio da Liberdade de Expressão é aceito, este é um princípio segundo o qual a expressão está menos sujeita à regulamentação dentro da teoria política do que outras formas de conduta que têm o mesmo efeito ou efeitos equivalentes. Em outras palavras, de acordo com o autor, se o Princípio da Liberdade de expressão existe, qualquer ação governamental que visa alcançar determinado objetivo, independentemente de qual seja, deve fornecer uma justificativa mais forte quando o alcance deste objetivo requer a restrição da expressão do que nas situações em que essa restrição não é necessária. Para esclarecer a ideia, o autor faz a comparação com uma balança, observando que se pensarmos na regra geral da intervenção estatal legítima como um ponto na balança

28 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 5-7. (TPA).

29 Ibidem, p. 6, 7.

30 Ibidem, p. 11, 12.

entre controle total do Estado e liberdade ilimitada do indivíduo, o Princípio da Liberdade de Expressão realoca o ponto na escala quando é a expressão que deve ser controlada.<sup>31</sup>

A conclusão acerca do ponto, para Schauer, é que se o Estado não precisar de nenhuma justificativa maior para lidar com a expressão do que aquelas necessárias para lidar com outras formas de conduta, e se a presença de uma restrição fática ou potencial à liberdade de expressão não ensejar nenhum método diferente de análise, a liberdade de expressão é apenas uma ilusão. Com efeito, o autor reconhece que a aceitação de um princípio da liberdade de expressão não requer que a expressão seja necessariamente livre, inteiramente ou parcialmente imune do poder do Estado e certamente não requer que outras liberdades ou valores sejam considerados menos importantes do que a liberdade de expressão. No entanto, Schauer propõe como seu objetivo a identificação de *um* princípio, não o *único* princípio ou o mesmo o mais importante princípio, eis que, para ele, os direitos não precisam ser absolutos.<sup>32</sup>

Consequentemente, o Princípio da Liberdade de Expressão representa uma constrição distinta ao poder governamental, independentemente de limitações apresentadas por outros princípios. Schauer aponta como dificuldade o uso da palavra “liberdade”, a qual sugere para muitos uma virtualmente absoluta imunidade da restrição, quando o preferível seria falarmos em “grau de resistência” aos princípios gerais do poder governamental. Em síntese, para o autor, se existe um Princípio da Liberdade de Expressão, isto significa que a liberdade de expressão é uma boa carta para se ter, não um às triunfal.<sup>33</sup>

Assim, destaca-se que a existência do hipotético Princípio da Liberdade de Expressão não implicaria em uma absoluta imunidade do controle do Estado, apenas imporá um grau de resistência maior às situações em que a ação estatal exigiria uma restrição à expressão. A ideia de Schauer parece se resumir a uma questão de ônus da prova, isto é, com a existência do Princípio da Liberdade da Expressão nasce para o Estado um dever de justificação maior e mais robusto para as restrições à expressão, do que o dever de justificação existente quando a restrição não se dá em face da expressão e, sim, em face de outros direitos e garantias fundamentais.

Esclarecidas as premissas iniciais, podemos prosseguir com a investigação. Para cumprir o objetivo de apresentação do princípio da liberdade de expressão para Schauer, o trabalho está estruturado em três partes. No primeiro capítulo abordaremos os argumentos apresentados por Schauer para a possível sustentação do Princípio da

---

31 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 7, 8.

32 Ibidem, p. 8, 9.

33 Ibidem, p. 9.

Liberdade de expressão, seus fundamentos, fortalezas e fraquezas. No segundo capítulo, estabelecidos os possíveis fundamentos, trataremos de questões relativas à descrição e à aplicação do princípio. No terceiro e último capítulo revisitaremos algumas situações concretas nas quais a liberdade de expressão costuma se apresentar como um aspecto importante na análise acerca do tratamento jurídico aplicável.

Quanto à metodologia utilizada para a elaboração do trabalho, em primeiro lugar, houve a identificação e a listagem de todos os estudos publicados por Schauer acerca da liberdade de expressão. Conforme esclarecido inicialmente, a produção acadêmica do autor acerca do tema tem a sua expressão mais forte no livro *Free Speech: a philosophical enquiry*<sup>34</sup> publicado em 1982. No entanto, além do livro, o autor escreveu uma grande quantidade de artigos e ensaios a respeito da liberdade da expressão. As referências da presente investigação foram produzidas por Schauer em um período aproximado de 40 anos, uma vez que se iniciam em 1978 e terminam em 2017. A maior limitação do trabalho se apresentou neste momento de identificação e listagem das referências, tendo em vista que, embora tenha constituído uma fortuita minoria, houve, realmente, artigos que não estavam disponíveis para acesso *online*<sup>35</sup> os quais naturalmente e, infelizmente, não compuseram o escopo da presente investigação.

Concluída a identificação e a reunião de todas as referências disponíveis, em um primeiro momento foi feita apenas a leitura de todas elas enquanto forma de estabelecer um primeiro contato e exposição com o todo, antes da organização e a produção propriamente ditas. Em um segundo momento, com uma noção mais compreensiva acerca do todo que foi trabalhado por Schauer acerca da liberdade de expressão foi possível realizar uma segunda leitura com um pouco mais de propriedade para a devida identificação dos tópicos recorrentes e o destaque das principais passagens para futura referência e abordagem. Em um terceiro momento, as passagens selecionadas foram organizadas tematicamente e, assim, foram criados arquivos temáticos a partir dos tópicos recorrentes. Até este momento todo o material utilizado e trabalhado estava em inglês. Em seguida, houve a tradução livre dos arquivos temáticos e a transformação em texto. Como forma de facilitar a construção e a manutenção de uma coerência entre os

---

34 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 9.

35 Artigos que não estavam disponíveis *online* e que não foram consultados: SCHAUER, Frederick. Free speech and the paradox of tolerance. In: LEISER, Burton (ed). **Values in Conflict**. Nova Iorque: Macmillan, 1981; SCHAUER, Frederick. Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment, **Cincinnati Law Review**, Cincinnati, vol. 56, p. 1181-1204, 1988; SCHAUER, Frederick. The Speech of Law and the Law of Speech, **Arkansas Law Review**, Fayetteville, vol. 49, p. 687-694, 1997; SCHAUER, Frederick. The Political Incidence of the Free Speech Principle, **University of Colorado Law Review**, Denver, vol. 64, p. 935-958, 1993; SCHAUER, Frederick. Is Government Speech a Problem?, **Stanford Law Review**, Palo Alto, vol. 35, p. 373-386, 1983.

assuntos abordados, houve a preferência pela citação indireta enquanto recurso de abordagem da produção acadêmica de Schauer.

Com os arquivos temáticos já organizados em texto e ainda não estruturados em uma ordem, em reflexão sobre as possíveis estruturas para o trabalho, a estrutura eleita despropositadamente acabou semelhante à estrutura utilizada por Schauer no seu livro de referência sobre o assunto, com as alterações impostas pelas produções subsequentes. Foram cogitadas alternativas, no entanto, de um ponto de vista lógico e sistemático entendeu-se que não havia como escapar de uma estrutura que se iniciasse pelos fundamentos teóricos para um princípio da liberdade de expressão para apenas, posteriormente, ser possível o aprofundamento em questões práticas de aplicação. Além disso, nem todos os argumentos e fundamentos para o princípio da liberdade de expressão foram expressamente abordados no livro e, assim, a partir dos artigos subsequentes houve o acréscimo e a atualização dos fundamentos. Do mesmo modo, houve uma série de questões de aplicação e de descrição que não foram ventiladas no livro, as quais, em razão da sua natureza, compuseram o segundo capítulo dedicado a tais questões.

Sendo assim, na primeira parte acerca dos fundamentos ou argumentos para o princípio da liberdade de expressão as referências utilizadas foram o livro *Free Speech: a philosophical enquiry*<sup>36</sup>, e os artigos *The Role of the People in First Amendment Theory*<sup>37</sup>, *Reflections on the Value of Truth*<sup>38</sup>, *Expression and its Consequences*<sup>39</sup>, *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*<sup>40</sup>, *Facts and the First Amendment*<sup>41</sup>, *Testing the Marketplace of Ideas*<sup>42</sup> e *The Phenomenology of Speech and Harm*<sup>43</sup>.

Na segunda parte, quando nos dedicamos à explicação e à aplicação do princípio, além do livro, os artigos utilizados foram *Expression and its Consequences*<sup>44</sup>, *The*

---

36 SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a philosophical enquiry**. New York: Cambridge University Press, 1982.

37 SCHAUER, Frederick. The Role of the People in First Amendment Theory. **California Law Review**, Berkeley, vol. 74 (3), p. 761-788, 1986.

38 SCHAUER, Frederick. Reflections on the Value of Truth. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, vol. 41, n. 3, p. 699-724, 1991.

39 SCHAUER, Frederick. Expression and its Consequences. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 57(3), p.705-720, 2007.

40 SCHAUER, Frederick. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, **SMU Law Review**, Dallas, vol. 70, p. 231-252, nov. 2017.

41 SCHAUER, Frederick. Facts and the First Amendment. **UCLA Law Review** 57, Los Angeles, p. 897-919, 2010.

42 SCHAUER, Frederick; HO, Daniel. Testing the Marketplace of Ideas, **New York University Law Review**, Nova Iorque, vol. 90, p. 1160-1228, 2015.

43 SCHAUER, Frederick. The Phenomenology of Speech and Harm. **Ethics**, Chicago, vol. 103, n. 4, p. 635-653, jul. 1993.



*Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*<sup>45</sup>, *On the Distinction between Speech and Action*<sup>46</sup>, *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*<sup>47</sup>, *Out of Range: on patently uncovered speech*<sup>48</sup>, *What is Speech? The Question of Coverage*<sup>49</sup>, *Harm(s) and the First Amendment*<sup>50</sup>, *Facts and the First Amendment*<sup>51</sup>, *First Amendment Opportunism*<sup>52</sup>, *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*<sup>53</sup>, *Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter*<sup>54</sup>, *The Exceptional First Amendment*<sup>55</sup>, *Fear, Risk and the First Amendment*<sup>56</sup>, *Towards an Institutional First Amendment*<sup>57</sup>, *The Second-Best First Amendment*<sup>58</sup>, *Uncoupling Free Speech*<sup>59</sup>, *Categories and The First Amendment: a Play in Three Acts*<sup>60</sup> e *Electoral Exceptionalism and the First Amendment*<sup>61</sup>.

Na última parte acerca das situações específicas envolvendo o discurso de ódio, a difamação e a questão do obsceno, as referências foram o livro *Free Speech: a*

44 SCHAUER, Frederick. Expression and its Consequences. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 57(3), p.705-720, 2007.

45 SCHAUER, Frederick. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 117, n. 6, p. 1765-1809, abr. 2004.

46 SCHAUER, Frederick. On the Distinction between Speech and Action. **Emory Law Journal**, Atlanta, vol. 65, n. 2, p. 427-454, 2015,

47 SCHAUER, Frederick. The Politics and Incentives of First Amendment Coverage, **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 56, n. 4, p. 1613-1636, 2015.

48 SCHAUER, Frederick. Out of Range: on patently uncovered speech. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 128, p. 346-453, jun. 2015.

49 SCHAUER, Frederick. What is Speech? The Question of Coverage. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (eds). **The Oxford Handbook of Freedom of Speech**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021.

50 SCHAUER, Frederick. Harm(s) and the First Amendment. In: HUTCHINSON, Dennis J; STRAUSS, David A.; STONE, Geoffrey R (org.). **The Supreme Court Review 2011**. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

51 SCHAUER, Frederick. Facts and the First Amendment. **UCLA Law Review** 57, Los Angeles, p. 897-919, 2010.

52 SCHAUER, Frederick. First Amendment Opportunism. **John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 00-011, 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=253832](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253832). Acesso em: 15. abr. 2021.

53 SCHAUER, Frederick. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, **SMU Law Review**, Dallas, vol. 70, p. 231-252, nov. 2017.

54 SCHAUER, Frederick. Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter. **Virginia Law Review**, Charlottesville, vol. 64, n. 2, p. 263-302, 1978.

55 SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. **John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series**, Cambridge, n. No. RWP05-021, fev. 2005. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=668543](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668543). Acesso em: 08 dez. 2020.

56 SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, **Boston University Law Review**, Boston, vol. 58, p. 685-732, 1978.

57 SCHAUER, Frederick. Towards an Institutional First Amendment. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, vol. 89, p. 1256-1279, 2005.

58 SCHAUER, Frederick. The Second-Best First Amendment, **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 31, p. 1-23, 1989.

59 SCHAUER, Frederick. Uncoupling Free Speech, **Columbia Law Review**, Nova Iorque, vol. 22, p. 1321-1357, 1989.

60 SCHAUER, Frederick. **Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts**, Vanderbilt Law Review, Nashville, vol. 34, p. 265-307, 1981.

61 SCHAUER, Frederick; PILDES, Richard H. Electoral Exceptionalism and the First Amendment. **Texas Law Review**, Austin, vol. 77, p.1803-1836, jun. 1999.

*philosophical enquiry*<sup>62</sup> e os artigos *Free Speech and Obedience to Law*<sup>63</sup>, *Expression and its Consequences*<sup>64</sup>, *The Exceptional First Amendment*<sup>65</sup>, *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*<sup>66</sup>, *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*<sup>67</sup>, *The Heroes of the First Amendment*<sup>68</sup> e *The People vs Larry Flynt and The First Amendment*<sup>69</sup>.

Cabe também neste momento recordar que, ainda que em alguns momentos teça alguns breves comentários sobre outras jurisdições – dentre as quais desafortunadamente não se inclui a brasileira –, Schauer, naturalmente, escreve sobre a sua própria jurisdição norte-americana. Considerando que o objetivo do trabalho é apresentar a liberdade de expressão para Schauer, não haveria pertinência de um grande revolvimento no cenário jurisprudencial brasileiro acerca da liberdade de expressão e, principalmente, também não haveria espaço para uma análise justa da relação entre ambos. As interlocuções que sem dúvida podem e devem ser feitas entre a perspectiva de Schauer acerca do tema e o tratamento jurídico que a liberdade de expressão recebe na doutrina e na jurisprudência brasileiras são inúmeras, complexas e merecedoras de investigação própria. No entanto, ainda que, como dito, o foco do presente trabalho não é a jurisdição brasileira, em alguns momentos e, principalmente, nas considerações finais, serão tecidas algumas breves observações sobre o contexto brasileiro, como forma de iniciar um diálogo para estas eventuais interlocuções que devem ser objeto de outros estudos.

Dessa forma, com as questões introdutórias devidamente estabelecidas, iniciamos em seguida a primeira parte do trabalho.

---

62 SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a philosophical enquiry**. New York: Cambridge University Press, 1982.

63 SCHAUER, Frederick. *Free Speech and Obedience to Law*. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 32, p. 661-674, 2017.

64 SCHAUER, Frederick. *Expression and its Consequences*. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 57(3), p.705-720, 2007.

65 SCHAUER, Frederick. *The Exceptional First Amendment*. **John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series**, Cambridge, n. No. RWP05-021, fev. 2005. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=668543](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668543). Acesso em: 08 dez. 2020.

66 SCHAUER, Frederick. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 117, n. 6, p. 1765-1809, abr. 2004.

67 SCHAUER, Frederick. *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 56, n. 4, p. 1613-1636, 2015.

68 SCHAUER, Frederick. *The Heroes of the First Amendment*, **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 101, p. 2118-2133, 2003.

69 SCHAUER; Frederick; KALB, Marvin; FORMAN, Milos. *The People vs Larry Flynt and The First Amendment*. **Harvard Kenney School**, Institute of Politics, 5 fev. 1997. Disponível em: <https://iop.harvard.edu/forum/people-vs-larry-flynt-and-first-amendment>. Acesso em 18 jan. 2021.

## 2 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme foi introduzido, Frederick Schauer investiga o princípio da liberdade de expressão como algo hipotético, cuja existência irá depender de um teste de subsistência de seus fundamentos para verificar se eles legitimam o princípio da liberdade de expressão como um princípio autônomo ou se, por outro lado, não há como distingui-lo de princípios gerais de liberdade. E vimos também que a consequência da existência do princípio da liberdade de expressão é o estabelecimento de um ônus maior ao Estado no que toca a justificativa de ações e políticas públicas que para a sua consecução exijam a restrição da expressão.

O autor examina uma série de fundamentos e argumentos para avaliar se há ou não algo de especial a respeito da expressão. E não apenas os argumentos são variados, como também os critérios utilizados ao longo da obra do autor para a classificação dos argumentos.

Um dos critérios utilizados por Schauer diz respeito à dicotomia ética entre perspectivas utilitárias e perspectivas deontológicas. O autor diz que uma perspectiva utilitarista ou consequencialista emprega como padrão de avaliação alguns cálculos destinados a determinar o que é melhor para a população como um todo. Por outro lado, em contraste com as perspectivas utilitaristas / consequencialistas, Schauer aponta que uma perspectiva deontológica concentra-se na correção ou erro inerente de determinadas ações, independentemente das consequências que essas ações possam produzir, como um legado kantiano.<sup>70</sup>

Segundo o autor, muito da teoria da liberdade de expressão pode ser localizada dentro dessa divisão filosófica. Quanto às perspectivas deontológicas, Schauer exemplifica que se falar livremente é um "direito natural", então, a liberdade de falar deve ser protegida por um Estado devidamente constituído, independentemente de ser do interesse público fazê-lo. O autor observa ainda que estas teorias deontológicas estão entre nós há algum tempo e são normalmente expressas em termos de autoexpressão ou autorrealização, sempre com essa mesma ideia central de que falar é parte do que é ser uma pessoa e que as restrições sobre essa expressão da personalidade pelo Estado são simplesmente erradas, mesmo que o interesse público seja atendido por essas restrições.<sup>71</sup>

Em sentido contrário, no que diz respeito às teorias da liberdade de expressão baseadas na perspectiva utilitarista como, por exemplo, a teoria da busca pela verdade ou

---

70 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986, p. 769.

71 Ibidem, p. 771, 772.

do mercado de ideias, Schauer afirma que, por meio delas, a liberdade de expressão é instrumento para a identificação da verdade ou o avanço do conhecimento.<sup>72</sup>

Também podemos observar Schauer classificando os argumentos em argumentos que têm ênfase nos interesses da sociedade em geral, de um lado, e argumentos que têm ênfase em interesses individuais, de outro. Para ele, o argumento da verdade e o argumento da democracia seriam exemplos dessa ênfase comum nos interesses da sociedade em geral, ao passo em que argumentos como o da autorrealização e da autonomia têm ênfase em interesses individuais. O autor aponta que existem, no entanto, dois tipos de interesses individuais que devem ser distinguidos. Segundo Schauer, alguns interesses individuais são valiosos em virtude dos benefícios derivados para as pessoas que exercem os interesses, ao passo em que outros interesses individuais são reconhecidos não principalmente por causa de seu valor para o indivíduo, mas porque os direitos individuais que eles geram são apenas um passo intermediário para maximizar os objetivos da sociedade em geral. De acordo com Schauer, essa última categoria de direitos individuais está fundamentada nos interesses que a sociedade tem no exercício dos direitos individuais. O autor cita como exemplo o liberalismo de uma forma geral, ponderando que existem pessoas que criticam o liberalismo por ser excessivamente individualista ou por não reconhecer a importância das relações entre os indivíduos, mas essas críticas são, para ele, incompletas, eis que devem reconhecer que muito da doutrina liberal tem como premissa os benefícios que resultam para a sociedade como um todo da escolha individual e da diversidade.<sup>73</sup>

Quanto aos argumentos com interesses individuais, Schauer ressalta que neles o ponto final de referência é o indivíduo, não o Estado ou a sociedade em geral. O autor afirma que embora a sociedade possa se beneficiar da satisfação dos interesses individuais, os argumentos discutidos aqui tratam tais benefícios como incidentais a um foco principal no bem-estar individual. Daí porque, para ele, um interesse individual neste sentido forte continua importante mesmo que a sociedade possa, de alguma forma, ou no geral, ser pior por reconhecê-lo, tendo em vista que aqui o bem-estar individual é um fim em si mesmo.<sup>74</sup>

Outro critério que Schauer utiliza para a classificação das teorias da liberdade de expressão está na divisão entre as que são positivas, isto é, as que enfatizam os valores da fala para atingir certos objetivos, e as teorias que são negativas, as quais enfatizam as consequências prejudiciais da regulamentação da expressão, em vez de seu valor

---

72 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982. p. 47, 48.

73 Ibidem.

74 Ibidem.

intrínseco. Mas mesmo no que diz respeito às teorias negativas que dão destaque aos perigos presentes na regulamentação da expressão, Schauer adverte que devemos estar sempre atentos para a fonte da regulamentação, na medida em que, se essa regulamentação for a ação enviesada do setor de acusação do governo, a ação de preservação de poder do poder executivo ou a justificativa de ação de uma junta de censores, então, as teorias negativas da liberdade de expressão são devidamente sensíveis aos riscos de abuso. Para o autor, o mesmo não poderia ser dito se a regulamentação for o resultado de uma legislatura representativa que reflita os desejos do povo ou o resultado de um júri que reflita o senso da comunidade quanto ao padrão adequado de conduta, ocasiões em que a preocupação judicial a título da Primeira Emenda não seria justificada.<sup>75</sup>

Os critérios não são homogeneamente utilizados por Schauer e variam a depender do livro ou artigo específico em que o tema relacionado à liberdade de expressão é tratado. Por isso, não foi possível estruturar e categorizar os argumentos a partir de algum destes critérios, eis que a depender do critério utilizado, a classificação resultante do argumento é diferente. Por exemplo, o argumento pode ser positivo e dentológico, como seriam os argumentos da autorrealização e da diversidade, mas não necessariamente segue a mesma classificação a partir do critério e da dicotomia entre individual e coletivo, tendo em vista que a autorrealização tem um interesse individual, ao passo em que o argumento da diversidade tem um interesse coletivo.

Contudo, para pensarmos os argumentos a favor da liberdade de expressão, permanece útil o esclarecimento dos critérios e das categorias utilizadas por Schauer ao longo do seu trabalho, como acabamos de fazer brevemente, eis que a tarefa nos aproxima um pouco mais da estrutura do pensamento de Schauer, nos auxiliando a entender o que está sendo levado em conta pelo autor no momento do estabelecimento das bases a partir das quais ele se propõe a abordar os fundamentos e os problemas da ideia da liberdade de expressão.

Com tais esclarecimentos e categorias iniciais em mente, em seguida, veremos cada um dos argumentos ponderados por Schauer, as suas principais características e as teses que eventualmente sustentem o Princípio da Liberdade de Expressão.

## 2.1 O ARGUMENTO DA VERDADE

De acordo com Schauer, de todos os argumentos utilizados ao longo dos tempos para justificar o princípio da liberdade de expressão, o argumento da verdade é o

75 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 782.

predominante e o mais perseverante de todos. O entendimento é que a discussão aberta, com livre intercâmbio de ideais e liberdade para investigar e criticar são condições necessárias para o processo de busca da verdade, em detrimento da falsidade em qualquer área da investigação humana.<sup>76</sup>

Como exemplo de obra expoente acerca desse argumento, o autor cita a *Areopagitica*<sup>77</sup> de Milton enquanto mais antiga e compreensiva defesa da liberdade de expressão, a partir da premissa de que a ausência de restrições governamentais às publicações em geral tornará possível que a sociedade localize a verdade e rejeite o erro. Segundo Schauer, tendo como pressuposto que a opinião que nós suprimimos em função da sua suposta falsidade pode acabar sendo a verdadeira, ou que a falsidade suprimida pode contar uma “parcela de verdade”, John Stuart Mill teria seguido essa linha de emprego da busca da verdade como pilar de sua defesa da liberdade do pensamento e da discussão. A partir de tais pressupostos de Mill, o autor explica que a eliminação da supressão, em última análise, aumentaria a possibilidade de trocar o erro pela verdade.<sup>78</sup>

Schauer segue trazendo também exemplos da contemporaneidade, notadamente os juízes americanos que têm teorizado acerca da Primeira Emenda. Nesse sentido, ele relembra o argumento de Holmes de que *“o melhor teste da verdade é o poder que o pensamento tem de ser aceito na competição do mercado”*, e a observação de Frankfurter de que *“a história da civilização é em considerável medida o deslocamento do erro que antes prevalecia como verdade oficial por crenças que por sua vez cederam a outras verdades”*.<sup>79</sup>

Em decorrência dos reflexos da tradição na contemporaneidade, Schauer acrescenta que o argumento da verdade hoje também é caracterizado como o “mercado de ideias”, segundo o qual a verdade provavelmente apareceria quando todas opiniões puderem ser livremente expressas, isto é, quando existe um mercado aberto e não regulamentado para o comércio de ideias.<sup>80</sup>

Schauer explica que as teorias da busca pela verdade têm como premissa a suposição consequencialista de que um mercado aberto de ideias levará a mais conhecimento e a suposição utilitarista de que mais conhecimento serve ao bem-estar público. À primeira vista, o autor reconhece que isso pode sugerir que tais teorias apresentariam argumentos para uma maior quantidade de júris ou de poder legislativo, se nos perguntássemos se não seria o veredicto de um júri ou a conclusão de uma

76 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 15.

77 MILTON, John. **Areopagitica**. Cambridge: Cambridge University Press, 1918.

78 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 15.

79 Ibidem.

80 Ibidem, p. 16.

legislatura representativa um reflexo mais preciso do julgamento do mercado do que a conclusão de um número limitado de burocratas interessados. Contudo, conforme Schauer esclarece, a teoria do mercado é mais sofisticada do que isso, tornando possível que a noção do mercado público de ideias não precise implicar necessariamente na concessão de qualquer quantidade particular de poder a júris ou legislaturas.<sup>81</sup>

A concepção do mercado de ideias, tal como ela é apresentada por Schauer, pode ser sintetizada em três traços principais. O primeiro é uma confiança no funcionamento do mercado para determinar a prevalência de uma determinada opinião, em detrimento a eventual confiança em algum indivíduo ou no governo. Em segundo lugar, Schauer explica que valoriza-se o sistema do contraditório como meio de descobrir a verdade, de forma semelhante à cognição que se faz de determinados fatos em uma ação judicial por meio do contraditório entre as partes e a possibilidade de criticar e testar a verdade das evidências. Em terceiro, para ele, também é um traço definidor do mercado de ideias uma analogia com a teoria econômica de Adam Smith, no sentido de que assim como a mão invisível do mercado garantiria que os melhores produtos surjam da livre concorrência, uma mão invisível também garantiria que as melhores ideias emergam quando todas as opiniões tem permissão para competir livremente.<sup>82</sup>

Dentro do argumento da verdade pelo mercado de ideais e pela premissa de que as pessoas, no longo prazo, estão melhores com mais verdade e mais conhecimento do que com menos, ainda que no curto prazo fiquem com o erro e a tolice, Schauer destaca que o interesse público é o ponto de referência final do argumento da verdade. Além disso, o autor frisa que, para essa teoria, a verdade pode ser mais bem apurada se todas as ideias competirem no mercado, com o julgamento da história, em vez de alguma agência governamental como árbitra na arena das ideias.<sup>83</sup>

De acordo com Schauer, a questão utilitarista do argumento da verdade não é o questionamento de se restringir este ou aquele item de expressão traria mais benefícios do que custos e, sim, qual regra geral, quando aplicada de forma consistente pelas pessoas reais e muitas vezes imperfeitas que aplicam as regras da sociedade, produziria, em conjunto, a maior utilidade. A resposta a este questionamento se iniciaria com Mill que, segundo Schauer, argumenta que uma regra geral que permite a expressão de praticamente todas as opiniões sociais, políticas, religiosas e ideológicas produziria, em equilíbrio, mais utilidade do que um curso de ação que permitisse uma avaliação baseada

---

81 SCHAUER. *The Role of the People in First Amendment Theory*, 1986. p. 774, 775.

82 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 16.

83 SCHAUER; *The Role of the People in First Amendment Theory*, 1986. p. 774, 775.



em atos dos custos e benefícios de restrições específicas de determinados atos de expressão.<sup>84</sup>

Entretanto, como tal regra proibiria, exceto em casos extremos, a avaliação das consequências prejudiciais de atos de expressão particulares, Schauer adverte que aderir à regra a serviço da maximização da utilidade agregada irá, portanto, ocasionalmente permitir a disseminação de opinião genuinamente prejudicial. O autor reconhece que isto sem dúvida é um custo, mas um custo que Mill acredita que vale a pena pagar em troca de seguir a regra que provavelmente assegurará, ao longo do tempo, a maior quantidade de conhecimento, a menor propagação de erro e, portanto, a quantidade máxima de utilidade, a partir da premissa de um peso muito alto para o valor da verdade.<sup>85</sup> Ainda, para Schauer:

Nenhuma formulação do argumento da verdade é definitiva. As numerosas caracterizações diferem umas das outras, assim como elas diferem em detalhes da versão simplificada da teoria que foi recentemente apresentada. Ainda assim, certos princípios básicos são encontrados em todas as expressões da doutrina. Todas elas compartilham a crença de que a liberdade de expressão não é um fim, mas um meio, um meio de identificar e aceitar a verdade. Além disso, elas têm uma fé comum no poder da verdade para prevalecer no contraditório e para sair vitoriosa da competição entre ideias. Finalmente, elas compartilham um profundo ceticismo no que diz respeito às crenças aceitas e verdades amplamente reconhecidas, juntamente com um forte reconhecimento da possibilidade de que a opinião que rejeitamos como falsa pode de fato ser verdadeira. Uma grande dose de falibilismo está implícita na visão de que a liberdade de expressão é uma condição necessária para a busca racional da verdade.<sup>86</sup>

Outro ponto que deve ser destacado acerca das crenças compartilhadas por todas as versões do argumento da verdade é a questão da validade das suposições fundamentais que todas elas compartilham. Conforme observa Schauer, somente se vale a pena buscar a verdade é que um método de identificação da verdade pode reivindicar o seu reconhecimento como um princípio da teoria política, razão pela qual o argumento da verdade tem como premissa a suposição inicial de que a busca pela verdade é um alvo desejável.<sup>87</sup>

E, então, surge o questionamento a respeito da razão pela qual seria bom para uma sociedade ter mais verdade. Para Schauer, tradicionalmente, a resposta a essa pergunta tem sido considerada autoevidente, no sentido de que qualquer política que produza mais verdade é por si mesma uma política que vale a pena perseguir. O autor

84 SCHAUER. *Expression and its Consequences*, 2007. p. 708, 709.

85 Ibidem, p. 708, 709.

86 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 16. (TPA).

87 Ibidem, p. 17.

aponta que essa visão, entretanto, surge em grande parte da premissa presente em quase toda a literatura sobre liberdade de expressão de que o oposto da verdade é a falsidade. Ele afirma que se a busca da verdade tem como alternativa a busca da falsidade, de fato, parece que a primeira deve ser necessariamente preferida, mas mesmo isso, para ele, estaria aberto a questionamentos.<sup>88</sup>

Com efeito, Schauer reconhece que se a verdade é um valor último, irreduzível e não instrumental, então, é claro que é preferível à falsidade e nada mais precisa ou pode ser dito. No entanto, para o autor, se a verdade é instrumental para algum bem mais profundo, como felicidade, utilidade, dignidade, estabilidade, bem-estar humano, o bem-estar geral, ou o que quer que seja, então, a relação instrumental entre a verdade e aquele bem para o qual ela é instrumental é empírica e não definitiva e, portanto, é capaz de ser falsa em alguns ou muitos casos. O autor traz exemplos interessantes acerca desse ponto, ao ilustrar que, dado o racismo enraizado nos Estados Unidos, ele consideraria uma questão em aberto de se os Estados Unidos não estaria melhor se todos no país considerassem falsamente que George Washington, Abraham Lincoln e Franklin Roosevelt eram afro-americanos. Igualmente, ele escreve que não está convencido de que o país ficaria, no geral, ferido, se os homens americanos acreditassem falsamente que os cigarros e o álcool causam calvície. Assim, o autor conclui que se a verdade é instrumental, no mínimo, poderíamos ver então que mais verdade, ou mesmo menos falsidade, não é em todos os casos instrumental para aquilo que a verdade é instrumental.<sup>89</sup>

Mas, novamente, como acontece em seu estilo de argumentação ao longo de toda a sua obra, quando uma tese sua ter quase destruído a premissa a que ela estava dirigida, Schauer dá um passo para trás e reconhece que da mesma forma como ocorre com a maioria dos bens instrumentais, ainda é possível reconhecer o valor instrumental da verdade para algo mais profundo, sem afirmar que essa relação se mantém em todas as instâncias.<sup>90</sup>

Prosseguindo com a referência ao valor da verdade, em sua tradicional disposição para evitar posicionamentos normativos e igualmente evitar o completo ceticismo e relativismo que estaria na oposição dos posicionamentos normativos, Schauer reconhece que não é objeto da sua investigação o questionamento do valor da verdade, o que o levaria longe do assunto da liberdade de expressão. Assim, esclarece o autor que parte da premissa de que a verdade é muito importante, que a busca pela verdade é uma

---

88 SCHAUER. *Reflections on the Value of Truth*, 1991. p. 3.

89 Ibidem.

90 Ibidem.

meta desejável e que uma sociedade com mais conhecimento está em melhor situação do que aquela com menos conhecimento. Ele reconhece ainda que a verdade deve ser considerada como valor autônomo, o que não significa dizer que ela é o único valor ou que deve sempre prevalecer em qualquer caso de conflito com outros valores.<sup>91</sup>

Quanto à possibilidade de que o ato de expressão cause danos, questão esta que aprofundaremos mais especificamente dentro do segundo capítulo, o autor diz que uma versão forte do argumento da verdade diria que, ainda que infinitesimal, a simples possibilidade de que a visão suprimida seja a verdadeira faz com que valha a pena a tolerância dos danos que a expressão da visão contrária possa causar. Contudo, Schauer adverte que apenas podemos partir da ideia da irrelevância do tamanho e da extensão do dano em potencial se a busca pelo conhecimento for um valor que sempre prevalece em face de outros valores.<sup>92</sup>

No tocante aos pressupostos teóricos do argumento da verdade e a sua classificação como fundamento para um Princípio da Liberdade de Expressão, o autor destaca que a teoria do mercado de ideias tem os atributos estruturais das teorias deontológicas, embora permaneça consequencialista em sua orientação. Como as teorias deontológicas, ele afirma ainda que essa variedade de teoria consequencialista gera direitos no sentido forte, isto é, direitos que têm o poder de resistir a percepções de curto e mesmo de médio prazo de maximização do interesse público.<sup>93</sup>

Aprofundando no argumento da verdade, Schauer aborda ainda a complicada relação existente entre a ideia de verdade e a teoria do conhecimento. Schauer diz que pretende libertar o argumento da verdade da bagagem epistemológica carregada pelo conceito de verdade no contexto do argumento da verdade, como um dos fundamentos para a aceitação do princípio da liberdade de expressão. Assim, ele inicia afirmando que o argumento da verdade não é inconsistente com qualquer forma plausível de ceticismo, no sentido de que não exige que os conhecimentos sejam adquiridos com certeza. A confusão estaria na tríade verdade, conhecimento e certeza. O autor aponta que, da mesma forma que podemos nos aproximar de um padrão de medida como o metro com o estreitamento do intervalo de tolerância – e o aumento no grau de precisão –, podemos também abordar a verdade ou a aquisição de conhecimentos, apesar da falta de certeza absoluta. Schauer exemplifica apontando que mesmo se nunca pudermos alcançar 100% de certeza, ainda podemos preferir 99% de garantia a 55% de garantia, que por sua vez é melhor do que 6% de garantia.<sup>94</sup>

91 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 17.

92 Ibidem, p. 29.

93 SCHAUER. *The Role of the People in First Amendment Theory*, 1986. p. 776.

94 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 17, 18.

Por tais razões, Schauer diz que independentemente de ser possível ou não que estejamos absolutamente certos de determinadas coisas – controvérsia epistemológica que ele coloca fora do objeto do seu estudo –, a busca pela verdade ou a busca pelo conhecimento deve ser compreendida como a busca de crenças a respeito das quais estamos mais confiantes, de forma que o argumento da verdade não é refutado simplesmente pela afirmação de que pode não haver garantia completa em algumas ou todas as áreas de investigação. Por conseguinte, para o autor o que deve ficar claro é que a noção de verdade no argumento da verdade não depende de nenhuma teoria da verdade em seu sentido epistemológico, pois contanto que alguns estados epistêmicos sejam preferíveis a outros, o argumento da verdade continua sendo uma afirmação importante, ainda que não necessariamente um argumento válido, pois ainda se faz necessário averiguar se a livre discussão é um caminho ou o caminho para se chegar ao estado epistêmico preferível.<sup>95</sup>

Assim, após o esclarecimento dos pressupostos teóricos e da classificação do argumento que estabelecemos até o momento, pensando sobre a relação entre a ideia de verdade e a teoria do conhecimento, a questão deixa de ser sobre eventual possibilidade epistêmica da verdade absoluta e repousa no dilema central do argumento da verdade, qual seja, se o mercado de ideias efetivamente leva ao conhecimento e não ao erro, ignorância, estupidez ou absurdo. Schauer afirma que uma forma de evitar a construção dessa difícil relação entre discussão e conhecimento seria *definir* a verdade em termos do processo de discussão, isto é, definir a verdade como aquilo que sobrevive ao processo da discussão aberta, no que se poderia chamar de teoria consensual da verdade, a qual rejeita a possibilidade do conhecimento objetivo. O autor aponta que isto seria um argumento cético consumado, motivo pelo qual não seria surpreendente que a sua expressão máxima – a de que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de ser aceito na competição do mercado – viria de Holmes que tem o ceticismo presente em todos os seus escritos.<sup>96</sup>

Para Schauer, a concepção de Holmes de que as ideias que sobrevivem no mercado de ideias seriam as verdadeiras é uma concepção implausível no contexto de ideias factuais, científicas e outras - incluindo muitas ideias morais - em que há uma concepção de verdade que é independente do que o mercado de ideias em qualquer momento particular pode aceitar. Quanto à estas verdades com concepções objetivas, Schauer exemplifica esta noção recordando que a terra era redonda mesmo quando quase todas as pessoas pensavam que era plana, que as proposições da astrologia não

95 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 17, 18.

96 Ibidem, p. 20.

tinham mais base empírica científica quando e onde as pessoas as consideravam mais verdadeiras do que agora, e que o erro moral da ideologia nazista não é nem historicamente nem culturalmente contingente.<sup>97</sup>

O autor prossegue afirmando que, embora muitas pessoas acreditem que o presidente Obama nasceu no Quênia e não no Havaí, que o presidente Bush teve um aviso prévio dos ataques de 11 de setembro, que a AIDS é produto de uma conspiração do governo, que as profecias da astrologia são confiáveis e que o Holocausto não ocorreu, todas essas crenças são, para ele, falsas - claramente, demonstravelmente e factualmente falsas. E a despeito da pronta acessibilidade da verdade factual negando todas essas falsidades, Schauer destaca que elas persistem e que, na realidade, uma parte significativa da indústria da perda de peso, por exemplo, se alimenta do fenômeno da falsidade persistente e resistente à verdade, sendo irrelevante a inverdade demonstrável de crenças como as de que o sabonete dietético pode eliminar a gordura e que chinelos ou brincos *diet* podem produzir efeitos dramáticos, ante a permanência do desejo dos consumidores por esses e outros produtos semelhantes.<sup>98</sup>

Por isso, Schauer destaca que este é basicamente um problema empírico: o fato de que muitos outros fatores além da verdade ou da falsidade determinam até que ponto as proposições serão aceitas ou rejeitadas pelo público.<sup>99</sup>

Embora a discussão sobre verdades/falsidades demonstráveis se relacione mais diretamente com o argumento da verdade e o mercado de ideias, teremos um espaço maior para a discussão da relação entre a teoria da liberdade de expressão – ou seja, não apenas a partir apenas do argumento da verdade e, sim, de toda a tradição – e a existência de fatos demonstráveis no segundo capítulo.

Por ora, tais considerações são feitas para que possamos compreender a observação de Schauer de que, a partir do reconhecimento da existência de verdades independentes daquelas que eventualmente sobrevivem ao mercado, definir a verdade como consenso, embora pareça ser tarefa atraente pela aparente descomplicação, traz fraquezas irreconciliáveis. Além do descompasso empírico entre as verdades independentes e aquelas que sobrevivem ao mercado, por um ponto de vista teórico, Schauer diz que como a teoria consensual da verdade rejeita o reconhecimento de um critério independente para a verdade, ela não fornece nenhum norte para que se justifique a livre discussão de ideias como o método racional ideal para a descoberta da verdade, em detrimento a, por exemplo, uma eventual seleção aleatória ou imposição autoritária do

97 SCHAUER. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, 2017. p. 235, 236.

98 SCHAUER. Facts and the First Amendment. 2010. p. 897, 898.

99 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986, p. 777.

que pode ser considerado como verdade. Dito de outro modo, para Schauer, a teoria consensual da verdade ou teoria da sobrevivência no mercado de ideias não consegue demonstrar o *porquê* que a discussão aberta leva ao conhecimento, na medida em que ela rejeita todos os testes objetivos da verdade. O autor afirma que a teoria da sobrevivência, portanto, parte da discussão aberta como um valor *a priori* e com isso não fornece nenhum critério para avaliar se este método de investigação é melhor do que qualquer outro.<sup>100</sup>

Apesar de Mill, Popper<sup>101</sup> e seus seguidores terem refinado o argumento da verdade ao explicar como o conhecimento pode ser mais facilmente alcançado em uma sociedade na qual todas as visões podem ser livremente articuladas, Schauer<sup>102</sup> destaca, então, que ainda permaneceu negligenciada a questão crítica, qual seja, a verdade quando articulada consegue se fazer reconhecida? Se a verdade estiver lado a lado com a falsidade, ela prevalece? O autor afirma que deve haver alguma justificação na premissa de que isto seria uma descrição precisa do processo, a qual estaria notadamente ausente de todas as versões do argumento da verdade. Daí que com diante deste fato de que o argumento da verdade deixa de demonstrar como a verdade seria universalmente aparente em face da falsidade e diante de várias evidências empíricas de que seria exatamente o contrário revela-se, para Schauer a maior fraqueza do argumento da verdade.<sup>103</sup>

Mais um fator que deve ser acrescentado a esta análise do mercado de ideias enquanto meio de alcançar a verdade é a questão e o problema do conhecimento coletivo. O autor afirma que um dos aspectos que parece ter sido amplamente ignorado pela tradição é essa questão de saber de quem é o conhecimento relevante e, nesse sentido, o que significa dizer que uma sociedade conhece alguma coisa, que descobriu a verdade ou que expôs a falsidade, em um ambiente em que a sociedade é composta por múltiplos membros, cada um com seu próprio saber. Como exemplo, o autor questiona

100 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 20, 21.

101 POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

102 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 25, 26.

103 O mesmo questionamento de Schauer acerca do liame entre verdade e expressão também é feito por David Van Mill: *“Vale a pena refletir sobre a relação entre a expressão e a verdade. Se tivéssemos um gráfico onde um eixo é a verdade e o outro é a liberdade de expressão, obteríamos uma unidade extra de verdade para cada unidade extra de liberdade de expressão? Como isso pode ser medido? É certamente questionável se os argumentos degeneram em preconceito se não forem constantemente questionados. Os defensores do diabo com frequência são entediados, e não interlocutores úteis. Às vezes, os defensores da liberdade de expressão, como seus detratores, têm a tendência de fazer afirmações sem fornecer evidências convincentes para apoiá-los. Nada disso pretende sugerir que a liberdade de expressão não seja vitalmente importante: esta é, de fato, precisamente a razão pela qual precisamos encontrar argumentos a seu favor. Mas, independentemente de quão bons sejam esses argumentos, alguns limites terão de ser colocados na liberdade de expressão.”* (TPA). In: VAN MILL, David. "Freedom of Speech". In: ZALTA, Edward, N.(ed). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2021. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/freedom-speech/>> Acesso em 26.05.2021.

que se ele acredita, corretamente, que a astrologia é uma bobagem e, em contrapartida, o leitor acredita falsamente que a astrologia é a chave do universo, o que poderíamos dizer, se é que poderíamos dizer algo, sobre o que ambos sabem coletivamente e se descobriram a verdade? Segundo Schauer, o problema é aparente não apenas neste cenário hipotetizado de duas pessoas, mas também, e de forma mais realista, nas agregações muito maiores de indivíduos e entidades que chamamos de sociedades, culturas ou mesmo países.<sup>104</sup>

Mais especificamente, para o autor, mesmo se assumirmos que o objetivo é o avanço do conhecimento, e mesmo se assumirmos que uma única pessoa pode saber algo no Tempo Dois que ela não sabia no Tempo Um, sem saber como um grupo pode saber algo, não podemos saber como um grupo pode saber algo que não sabia anteriormente. E sem saber como um grupo pode saber mais ou menos do que sabia anteriormente, Schauer ressalta que não podemos saber como avaliar o crescimento do conhecimento humano que é, afinal, o objetivo final de qualquer versão do argumento da busca pela verdade e o mercado de ideias.<sup>105</sup>

Schauer relata que Mill e outros parecem implicitamente ter assumido que qualquer sociedade com mais crenças na verdade, ou com crenças em mais verdades, está melhor, certamente epistemologicamente e talvez no total, do que uma sociedade com menos crenças na verdade, ou com crenças em menos verdades. De fato, para Schauer, se o sujeito acredita que a verdade de uma proposição é o fator dominante para explicar por que as pessoas acreditam em uma proposição, então, não há possibilidade de que expor as pessoas à verdade de uma proposição aumentaria o número de pessoas que acreditam no contrário.<sup>106</sup>

Entretanto, conforme já vimos anteriormente, o autor entende que há há escassa razão, como uma questão de fato psicológico e sociológico empírico, para acreditar que a verdade tenha algum poder intrínseco que permite que ela prevaleça contra crenças falsas ou que os seres humanos tenham alguma capacidade intrínseca da razão que os habilite a identificar proposições verdadeiras e rejeitar as falsas. Daí que Schauer ressalta as várias evidências históricas e atuais acerca do contrário, como as controvérsias sobre meio-ambiente, as notícias falsas e o suposto perigo de imunização, as quais evidenciam que vários atributos de uma proposição, além de sua verdade ou falsidade,

---

104 SCHAUER. *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*, 2017. p. 232.

105 Ibidem, p. 239, 240.

106 Ibidem, p. 242, 243.



desempenham muitas vezes um papel importante em determinar se essa proposição será aceita ou rejeitada.<sup>107</sup>

Trazendo essa característica para a questão do conhecimento coletivo, o autor ressalta que essa resistência de longa data e bem documentada da falsidade em face do fato e da razão tem implicações importantes para este problema, como a sugestão de que a declaração de uma proposição pode, em algumas circunstâncias, aumentar tanto o número e a proporção de pessoas que acreditam em algo que é de fato verdadeiro, como o número e a proporção de pessoas que acreditam na verdade de algo que é de fato falso, especialmente em um mundo em que os desavisados ou indecisos muitas vezes representam uma porcentagem apreciável de muitas populações em muitas questões.<sup>108</sup>

Para Schauer, devemos ainda considerar que quando um falante profere uma proposição que tem um valor de verdade, um certo número de ouvintes iniciais e subsequentes terá, como resultado da declaração inicial, alguma reação à proposição proferida, e essa reação irá, de alguma forma, afetar as crenças dos ouvintes sobre a verdade da proposição. Para alguns ouvintes, o autor observa que o enunciado da proposição irá, como supõe a teoria da liberdade de expressão padrão, fazer com que eles rejeitem suas crenças falsas anteriormente sustentadas em favor de crenças verdadeiras. Mas, para alguns outros, o autor frisa que o enunciado da proposição pode muito bem fazer com que eles rejeitem crenças verdadeiras anteriormente sustentadas em favor das falsas. Para outros ainda - aqueles que anteriormente não tinham crenças sobre o tema da proposição -, Schauer explica que o enunciado fará com que alguns deles tenham crenças verdadeiras onde anteriormente não tinham crenças, mas para aqueles que anteriormente não tinham crenças, Schauer destaca a possibilidade de que o enunciado faça com que tenham crenças falsas onde antes não tinham crenças. Além disso, o autor destaca que todas estas quatro possibilidades - crenças verdadeiras para crenças falsas, crenças falsas para crenças verdadeiras, nenhuma crença para crenças verdadeiras e nenhuma crença para crenças falsas - existirão quando a proposição proferida for verdadeira e também quando for falsa.<sup>109</sup>

Diante desse cenário, o autor pondera que um forte irracionalista poderia dizer que a verdade da proposição não tem efeito causal sobre a probabilidade de sua adoção, mas Schauer destaca que não é essa a afirmação que está fazendo. Em vez disso, o autor ressalta que afirma apenas e com cautela que todas essas possibilidades existirão tanto para proposições verdadeiras quanto falsas, e que isso ocorre assim ainda que,

107 SCHAUER. *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*, 2017. p. 243, 244 e 245.

108 Ibidem, p. 245, 246.

109 Ibidem, p. 246, 247.

como o racionalista insistiria, algumas das possibilidades sejam mais prováveis para proposições verdadeiras do que falsas. Assim, constatado que o enunciado de qualquer proposição provavelmente mudará a gama de indivíduos que possuem crenças verdadeiras e falsas, o autor destaca que mesmo se, como o racionalista supõe, o peso da mudança estiver na direção da verdade, considerando que este não é o caso para cada indivíduo em cada proposição, o ponto dos exemplos acima ainda se mantém, e o problema então volta-se para a determinação das consequências dessa mudança complexa nas crenças de uma determinada coletividade.<sup>110</sup>

Após ter relatado a dinâmica e as dificuldades do conhecimento coletivo, Schauer frisa que nenhuma destas complicações sobre o conhecimento coletivo e as complexidades da crença do grupo faria muita diferença se fosse o caso de a crença ser inerte. Contudo, o autor destaca que a crença é, de fato, capaz de produzir consequências, com vários debates contemporâneos reforçando o mesmo ponto<sup>111</sup>. Para ilustrar as consequências das crenças, Schauer observa que se as pessoas acreditam que a mudança climática não existe ou não é substancialmente o produto de atos humanos, e se essas crenças são falsas, então, as políticas que diminuiriam o grau de mudança climática criada pelo homem são menos prováveis de serem adotadas, e as consequências das mudanças climáticas aumentam. Em sentido semelhante, o autor recorda que se as pessoas acreditam que a imunização é prejudicial, e se essa crença for falsa, então algumas crianças irão contrair doenças que, de outra forma, não teriam contraído. O autor observa ainda que se as pessoas acreditam que o Holocausto não ocorreu ou que foi substancialmente exagerado, os crentes podem estar mais inclinados a atos antissemitas do que o contrário, bem como que se as pessoas acreditam falsamente que Barack Obama não era elegível para ser presidente por causa de seu nascimento estrangeiro, elas podem estar menos inclinadas a se envolver em algum número de atos obedientes ou pró-sociais do que o contrário, em detrimento do bem comum.<sup>112</sup>

---

110 SCHAUER. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, 2017. p. 246, 247.

111 No tocante às consequências da expressão, a questão foi tratada de forma empírica por Schauer a partir do estudo de dados extraídos das zonas de silêncio (*"buffer zones"*): *"É um erro, entretanto, pensar que a identificação da verdade é a única consequência potencial de estabelecer um mercado aberto para fatos, ideias, opiniões e argumentos. Quando esse mercado existe, sua própria existência pode ter uma série de consequências sobre o comportamento daqueles cujas atividades são afetadas pela existência ou localização do mercado. E, portanto, a Parte III argumenta que é fundamental compreender toda a gama de consequências que as restrições de fala - contra as quais a metáfora do mercado é mais comumente usada - operam na prática. Nós nos concentramos nas restrições de tempo, lugar e maneira, que nos tempos modernos frequentemente estabelecem zonas de "silêncio forçado", fechando assim, em um sentido muito real e em locais discretos, o mercado de ideias. O exame dos efeitos de tais zonas de silêncio pode nos permitir identificar suas consequências, algumas das quais podem ser independentes da questão de se um mercado de ideias é eficaz ou ineficaz na identificação ou promoção da verdade"*. SCHAUER; HO. Testing the Marketplace of Ideas, 2015, p. 1165.

Consequentemente, quanto ao problema do conhecimento coletivo, Schauer pondera que, enquanto permanecer a possibilidade de que exista pelo menos algum aumento no número de pessoas que terão falsas crenças como resultado do enunciado de alguma proposição, e enquanto a retenção de falsas crenças tiver consequências negativas, resta claro que o enunciado de uma proposição não será necessariamente para melhor, mesmo que o enunciado produza um aumento no número de membros da população que possuem crenças verdadeiras após o enunciado. E assim, para ele, mesmo que as suposições racionalistas de Mill sejam sólidas, suas conclusões são sólidas apenas sob a suposição de que uma sociedade em que mais pessoas têm crenças verdadeiras do que crenças falsas é para melhor, independente das consequências das crenças falsas, ao passo em que, para Schauer, há poucos motivos para aceitar essa suposição.<sup>113</sup>

Daí que a conclusão de Schauer acerca do problema do conhecimento coletivo é dupla. Em primeiro lugar, o autor assevera que é impossível fazer uma determinação sobre as consequências de um enunciado factual sem conhecer o conjunto de crenças verdadeiras e falsas que o enunciado de alguma proposição produzirá. Em segundo lugar, para ele, mesmo o conhecimento do conjunto de crenças verdadeiras e falsas produzidas seria insuficiente para determinar se o enunciado é para melhor ou para pior, sem também sabermos sobre as consequências que fluem das crenças falsas.<sup>114</sup>

No entanto, ainda que não exista indicação de que a capacidade de separar a verdade do erro esteja invariavelmente ou mesmo consistentemente presente na população em geral e a despeito dos problemas relativos ao conhecimento coletivo, Schauer novamente dá um passo para trás ao conceder que os elementos do pensamento racional estão presentes em vários pontos na sociedade, pois, segundo o autor, certamente o argumento da verdade retém a sua validade em grupos seletos nos quais a racionalidade pode ser presumida. Além disso, ele reconhece que a expressão livre de todas as visões e por toda a população, ainda que seja uma população menos do que perfeitamente racional, contribui para assistir aqueles que podem mais efetivamente separar a verdade do erro. O autor conclui que embora o público talvez não consiga identificar mais efetivamente políticas sensatas e afirmações verdadeiras, o seu tamanho e a sua diversidade podem o tornar o corpo ideal para oferecer a multitude de ideias que

---

112 SCHAUER. *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*, 2017, p. 247, 246.

113 *Ibidem*, p. 249.

114 *Ibidem*, p. 249, 250.

é o combustível do motor para o avanço do conhecimento, demonstrando que o público desempenha uma função valiosa no processo de busca da verdade.<sup>115</sup>

Assim, quanto ao argumento da verdade, Schauer conclui que definir a verdade – e o conhecimento – apenas em termos de um processo não responde a nenhuma das questões importantes sobre a liberdade de expressão, pois se a liberdade de expressão é justificada na medida em que ela define o processo que produz conhecimento e se esse conhecimento é, a seu turno, definido por este mesmo processo, na verdade não estamos dizendo absolutamente nada. O autor vai além ao afirmar que definir a verdade como consenso ou opinião majoritária do mercado de ideias seria algo tão totalmente contrário ao uso que fazemos da palavra “verdade” a ponto de torná-la basicamente inútil, da mesma forma que tornaria inútil o nosso reconhecimento e uso de palavras como “verdadeiro”, “bom”, “sensato” ou “sábio”. Por tais razões é que Schauer arremata que a teoria da sobrevivência no mercado de ideias não nos dá nenhuma assistência na tentativa de responder ao motivo pelo qual uma discussão aberta deveria ser privilegiada, fazendo com que seja necessário procurar a resposta em outros lugares.<sup>116</sup>

Segundo Schauer, esta conexão entre a liberdade de expressão e o aumento do conhecimento foi uma das maiores contribuições de John Stuart Mill em *Sobre a Liberdade*. O autor explica que os escritores que o antecederam consideravam que a verdade seria autoevidente no jogo entre crenças competidoras, de forma que bastaria a expressão da verdade para que ela fosse reconhecida. Em contrapartida, Schauer aponta que Mill viu a importância de explicar a forma por meio da qual o erro seria substituído pelo conhecimento, e citou Mill:

“A relação entre a discussão e a verdade é o produto incerto do status de nossas crenças e a falibilidade da mente humana. Considerando que não podemos estar absolutamente certos de nossas crenças, é possível que qualquer determinada crença seja equivocada, não importa o quão convencidos estivermos da sua verdade. Sustentar o contrário seria assumir a infalibilidade. Como qualquer crença pode ser errada, a supressão da opinião contrária tem o risco de privilegiar a crença errada e suprimir a crença verdadeira. Apenas com a permissão de que a opinião que acreditamos ser falsa seja expressa é que permitimos a possibilidade de que aquela opinião seja verdadeira. Permitir que opiniões contrárias sejam expressas é a única forma de nos darmos a oportunidade de rejeitar a opinião quando ela for falsa. Uma política de supressão de crenças falsas irá na verdade suprimir algumas verdadeiras, e portanto uma política de supressão impede a busca da verdade.”<sup>117</sup>

115 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 27, 28.

116 Ibidem, p. 22.

117 Ibidem, (TPA).

Antes de avaliar os méritos de Mill, Schauer faz algumas críticas ao posicionamento dele acima transcrito, iniciando pelo apontamento de que o argumento de Mill apenas milita contra a supressão quando a opinião for suprimida por conta da sua suposta falsidade. O autor afirma que existem momentos em que as opiniões são suprimidas precisamente porque elas são - ou porque são percebidas como sendo - verdadeiras, porque entende-se que a sua expressão causaria certas consequências indesejáveis não necessariamente relacionadas com a verdade ou a falsidade da opinião, tal como a divulgação da ficha criminal de um indiciado antes do seu julgamento popular ou questões relacionadas a privacidade.<sup>118</sup>

Schauer observa que se o argumento da verdade gera o Princípio da Liberdade de Expressão, então, justificamos a supressão baseada em qualquer outro interesse que não a verdade ao sopesar o interesse em encontrar a verdade contra os outros interesses que buscam proteção. Assim, segundo o autor, existiriam duas premissas implícitas no argumento de Mill: a primeira é que toda a supressão seria motivada pela constatação da falsidade da visão suprimida, o que seria, para Schauer, errado; em segundo lugar, Mill assumiria que a verdade é um valor superior a qualquer outro interesse, o que o autor considera que seria no mínimo questionável. Daí que Schauer assevera que o argumento da verdade apenas seria definitivo se estas duas premissas fossem verdadeiras, enquanto que o mais provável é que sejam falsas. O autor conclui que o absolutismo inerente no princípio da livre discussão defendido por Mill é o ponto mais fraco do seu argumento, o que não o tornaria, contudo, sem valor.<sup>119</sup>

Para Schauer, o valor do argumento deve estar na ênfase da possibilidade de que a verdade esteja com a opinião supressa, motivo pelo qual uma política geral de proibição da expressão de opiniões consideradas falsas pode prejudicar *algum* conhecimento e *algum* erro. Considerando que na maior parte do tempo alcançamos uma confiança racional em nossas visões a ponto de justificar ações ao compará-las com outras visões, segundo Schauer, a oitiva de opiniões contrárias ao menos aumenta a justificação da ação com base na crença sobrevivente.<sup>120</sup>

Segundo Schauer, consideravelmente mais plausível, então, seria uma compreensão do argumento da verdade que entenda a liberdade de expressão não como definição da verdade, mas como localização da verdade. Ou seja, se adotarmos para algumas, muitas ou a maioria das proposições a visão de que sua verdade (ou falsidade) é uma propriedade que existe independente e logicamente anterior ao processo ou

---

118 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 23.

119 Ibidem.

120 Ibidem, p. 24.

mecanismo que pode ser empregado para identificar essas verdades, para Schauer, então o argumento é agora que a liberdade de expressão é o melhor método de localizar essas verdades definidas de forma independente ou é pelo menos um método para fazer isso que é superior a qualquer ou a maioria dos outros métodos alternativos disponíveis.<sup>121</sup>

O autor aponta que essa ideia de liberdade de expressão como localização da verdade é o conceito básico expresso há muito tempo por John Milton quando ele perguntou, retoricamente, na *Areopagitica*<sup>122</sup>, “*quem já conheceu a verdade transformada em pior, em um encontro livre e aberto?*” e é também a base para muitos dos argumentos no capítulo 2 do livro *Sobre a Liberdade* de John Stuart Mill<sup>123</sup>, em *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* de Karl Popper<sup>124</sup>, e em várias outras contribuições à teoria da liberdade de expressão e à doutrina constitucional. De acordo com essa versão, Schauer diz que a liberdade de expressão não define a verdade, mas é pensada para fornecer um mecanismo social comparativamente confiável para identificar o erro, para localizar a verdade e, portanto, para promover em conjunto o conhecimento social.<sup>125</sup>

Entendido dessa forma, ou seja, como uma afirmação sobre a confiabilidade comparativa em comparação com, por exemplo, seleção de especialistas ou autoridades de um *design* institucional específico no avanço do conhecimento, o autor afirma que o argumento da verdade se revela como um argumento substancialmente empírico, a despeito da sua origem filosófica. Em outras palavras, para Schauer, se este ou aquele método para identificação de verdades definidas independentemente localizará mais verdades, ou exporá mais falsidades, quando comparado a algum outro método com o mesmo objetivo, torna-se mais um problema testável e empírico, do que um problema filosófico ou jurídico. Ocorre que, mesmo como um problema empírico testável, Schauer reconhece que existem boas razões para duvidar da validade dessa afirmação empírica de que o mercado de ideias seja efetivamente o melhor método comparativo para a localização da verdade.<sup>126</sup>

Isso porque, para o autor, ainda que consideremos o mercado de ideias não como uma garantia absoluta de descoberta da verdade e, sim, como um julgamento comparativo sobre as capacidades de descoberta da verdade do público e de uma

---

121 SCHAUER. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, 2017. p. 236, 237.

122 MILTON. *Areopagitica*, 1918.

123 MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011.

124 POPPER. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, 1974.

125 SCHAUER. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, 2017. p. 236, 237.

126 Ibidem, p. 237.

agência governamental ou tribunal, o resultado da comparação permanece obscuro. De fato, para Schauer, não está claro se os riscos de erro ou preconceito na determinação governamental da verdade seriam maiores do que os riscos de monopólio ou oligopólio no mercado de ideias.<sup>127</sup>

O autor entende que a resposta é negativa, tendo em vista que, vez após vez, o mercado parece ter aceito, e não apenas por períodos muito curtos de tempo, proposições factuais comprovadamente falsas. Schauer reitera novamente que existem muitos outros fatores além da verdade de uma proposição que podem determinar quais proposições indivíduos ou grupos aceitarão e quais rejeitarão: o carisma, autoridade ou persuasão do falante; a consistência entre a proposição e as crenças anteriores do ouvinte; a consistência entre a proposição e o que o ouvinte acredita que outros ouvintes acreditam; a frequência com que a proposição é proferida; a extensão em que a proposição é comunicada com fotografias e outros enfeites visuais ou auditivos; até que ponto a proposição fará o leitor ou ouvinte se sentir bem ou feliz por razões independentes do conteúdo; e quase incontáveis outros. Segundo o autor, estes fatores evidenciam que colocar a fé na superioridade da verdade sobre todos esses outros atributos de uma proposição requer um grau substancial de fé na racionalidade humana e um desprezo quase intencional das massas de cientistas e pesquisa de marketing acerca do contrário.<sup>128</sup>

Para Schauer, essa tendência foi notada já em 1798 quando o congressista americano James A. Bayard observou que a confiança de que a verdade prevalece sobre a falsidade é *“um excelente sentimento moral, mas nosso conhecimento limitado não o confirma”*.<sup>129</sup>

Contudo, para Schauer, embora tenha se tornado quase obrigatório nos círculos acadêmicos tratar as afirmações epistêmicas instrumentais empíricas da metáfora do mercado de ideias como uma relíquia que não sobreviveu à exposição à ciência moderna, a metáfora do mercado de ideias mantém uma resiliência surpreendente na retórica libertária civil pública. Na verdade, de acordo com o autor, a persistência da crença de que um bom remédio para o ato de expressão falso é mais expressão, ou da crença de que a verdade prevalecerá no longo prazo, pode ser um exemplo da resistência das proposições factuais falsas ao argumento e ao contra-exemplo.<sup>130</sup>

E, novamente, antes de terminar de ceifar o argumento da verdade ou do mercado de ideias como potencial fundamento de validade para o Princípio da Liberdade

127 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 776.

128 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010. p. 908, 909.

129 SCHAUER. Expression and its Consequences, 2007. p. 719.

130 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010. p. 910, 911.



de Expressão, Schauer reconhece que, embora existam muitas boas razões para ser cético em relação ao argumento da verdade, também há boas razões para ser cético em relação ao ceticismo. Segundo o autor, a cognição humana e a racionalidade humana têm suas patologias, mas também os processos especializados, e talvez especialmente os processos governamentais. Para ele, se a afirmação empírica da explicação do mercado de ideias for entendida, como deveria ser, como uma comparação, a questão não é se o mercado de ideias é bom para localizar a verdade e promover o conhecimento humano, mas, ao contrário, se é melhor para fazer isso do que um comitê de especialistas, uma agência de burocratas ou uma hierarquia de poderosos e auto-interessados funcionários públicos. O problema apontado por Schauer a respeito dessa possibilidade é que a pesquisa em ciências sociais diretamente aplicável é amplamente inexistente, e, como tal, não há muito que possa ser dito definitivamente sobre a afirmação do mercado, se devidamente entendida como comparativa. E a problemática para o autor se acentua em decorrência das atuais controvérsias sobre as mudanças climáticas e, em menor medida, dos alegados danos da imunização e dos alimentos geneticamente modificados, as quais evidenciam que, mesmo muitas questões factuais e científicas estão tão envolvidas nas políticas contestadas que é difícil depositar muita confiança nas alternativas mais óbvias para um mercado aberto de ideias.<sup>131</sup>

Todas estas considerações devem ter como pano de fundo a questão tratada anteriormente da não confusão entre verdade e certeza. Conforme destaca Schauer, o ponto não é a certeza e sim o avanço epistêmico. O autor destaca o trabalho de Karl Popper<sup>132</sup> como expoente dessa libertação do argumento da verdade do problema da certeza, a partir do destaque da falseabilidade em detrimento da verificabilidade e também pela caracterização do avanço do conhecimento como um processo contínuo de exposição do erro. Nesse sentido é que Schauer afirma ainda que haveria um paralelo entre o argumento de Popper de identificação do erro e o argumento de Mill da verdade, na medida em que ambos compartilham do mesmo princípio de que permitir a expressão de visões contrárias é a única forma racional de reconhecer a falibilidade humana e tornar possível a rejeição ou a modificação das nossas crenças erradas.<sup>133</sup>

Ouvir posições contrárias, suspender o julgamento - se possível - até que todas as visões contraditórias sejam expressas e considerar a possibilidade de que estejamos errados são características do argumento da verdade que Schauer aponta que o

---

131 SCHAUER. *Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge*, 2017. p. 238, 239.

132 POPPER. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, 1974.

133 SCHAUER. *Free Speech: a philosophical enquiry*, 1982, p. 25.

tornariam semelhante ao processo do pensamento racional, evidenciando para o autor que o argumento da verdade pode muito bem ser a afirmação de um ideal. Contudo, embora a racionalidade seja uma regra nas disciplinas acadêmicas e no meio científico em geral, Schauer frisa que do fato de que a verdade provavelmente prevaleça em um campo seleto de indivíduos treinados para pensar racionalmente não decorre que o mesmo processo funcione para o público em geral. O autor pondera que devemos tomar o público como ele é e que apenas se o processo for efetivo em toda a sociedade é que o argumento da verdade pode dar amparo ao Princípio da Liberdade de Expressão, pois um cientista irracional pode ou ao menos deve ser substituído, mas uma população com uma falha semelhante não pode ser substituída.<sup>134</sup>

Nesse sentido é que o argumento da verdade para Schauer seria um filho do Iluminismo, ou seja, por representar a visão otimista e ingênua de que a racionalidade e a perfectibilização da humanidade estariam consubstanciadas nos seres humanos. Tal ingenuidade, para o autor, há muito tempo foi descreditada pela história e pelas contribuições contemporâneas da psicologia, com a demonstração de que as pessoas não são nada racionais, como o Iluminismo pensava.<sup>135</sup>

No geral, para Schauer, o argumento da verdade pode ser mais facilmente caracterizado como um argumento da incerteza. Segundo o autor, incertos de nossas crenças, nós permitimos, quiçá encorajamos a expressão de visões contrárias para que tenhamos a oportunidade de rejeitar ou modificar nossas crenças erradas. Schauer diz que quanto maior for a certeza que tivermos das nossas crenças, menor será a probabilidade de que avancemos no conhecimento por meio da expressão de visões contrárias e, por consequência, menor será a força do argumento da verdade enquanto fundamento da liberdade de expressão. Questões de gosto são para ele o exemplo paradigmático, pois se o Estado propusesse restrições em literatura ruim ou arte ruim rapidamente argumentaríamos contra esta repressão, em função de que padrões estéticos são muito mais variáveis do que padrões na maioria dos outros assuntos. Tal entendimento também se aplica, segundo Schauer, às visões religiosas, políticas ou morais e, para ele, uma das razões pelas quais as exposições tradicionais do argumento da verdade ganharam grande aceitação é que tais exposições estavam direcionadas à proposições normativas na ética, política e na religião. Mas mesmo em proposições destas categorias, o autor afirma que existem diferentes graus de certeza, eis que podemos ter mais confiança de que a tortura de crianças é ruim ou de que o respeito por todos é bom, do que podemos ter confiança de que o Partido Trabalhista deve estar no

---

134 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 25, 26.

135 Ibidem.

poder na Grã-Bretanha ou de que ações afirmativas são uma política salutar para reparar a discriminação racial histórica.<sup>136</sup>

Em vista dessas considerações, para Schauer, o mais razoável seria dizer que a força do argumento da verdade deve ser avaliada em referência à certeza que temos em determinada proposição. Contudo, ele adverte que sustentar isto seria negar a utilidade da categorização das proposições. O autor explica que a categorização dentro da teoria da liberdade de expressão é de uma forma um certo compromisso entre duas percepções contraditórias que temos acerca da liberdade de expressão: uma é a de que é super simplista e equivocado tratar todas as proposições da mesma forma, especialmente em razão dos vários graus de certeza conectados a diferentes proposições; outra é que somos relutantes em permitir a existência de qualquer tipo de órgão governamental com poder de tomar decisões relacionadas à supressão, a partir da sua certeza da falsidade da opinião suprimida. Schauer justifica que tentamos reconciliar estas percepções distintas com a criação de categorias de expressão e, para ele, não há nada de errado nisso, mas devemos nos dar conta de que o processo de categorização é muito mais artificial do que natural, e de que as forças que nos levam a categorizar podem também nos levar a tornar estas categorias sempre menores, em última instância negando por inteiro a existência das categorias.<sup>137</sup>

O autor finaliza dizendo que, se aceitarmos a validade da categorização, a consequência é que a liberdade de expressão para a população em geral como método de aquisição de conhecimentos pode se tornar menos persuasiva no âmbito das proposições fáticas ou científicas, a respeito das quais temos a maior quantidade de confiança verificável nas opiniões recebidas. E por tal motivo é que ele afirma que podem existir muitas boas razões para permitir que as pessoas argumentem que a lua é feita de queijo verde, mas a possibilidade de que a proposição seja verdadeira dificilmente seria a mais importante.<sup>138</sup>

Schauer diz ainda ainda que é claro que, por exemplo, existem muitas proposições fáticas menos certas do que a proposição de que há cinco dedos em sua mão esquerda. Isso porque, para ele, em razão de erros na observação, interpretação e descrição, a afirmação fática que aceitamos como verdadeira pode ser falsa, e a afirmação que rejeitamos como falsa pode ser verdadeira, da mesma forma que tais possibilidades existem para afirmações sobre ética, religião ou política. Contudo, o autor pondera que, na maioria dos casos envolvendo proposições fáticas ou quaisquer outras

---

136 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 31.

137 Ibidem, p. 32.

138 Ibidem.

proposições verificáveis a possibilidade de erro é minúscula e os riscos de assumirmos a nossa infalibilidade são consequentemente menores. Quando este é o caso, Schauer conclui que o argumento da verdade oferece uma assistência limitada para um argumento favorável à liberdade de expressão.<sup>139</sup>

Um dos grandes defeitos do argumento da verdade para Schauer é que, como um argumento para uma liberdade de expressão geral por toda a sociedade baseia-se na assunção da prevalência da razão, assunção esta que segundo ele não é suportada por nenhuma evidência e com vários exemplos contrários ao longo da história. O autor afirma que pode ser que seja correto dizer que as decisões devem ser tomadas por aqueles que irão considerar racionalmente todos os argumentos e que os sujeitos nesta posição devem tolerar ou encorajar o maior âmbito possível de opinião e desacordo, contudo, para ele, seria outra coisa dizer que a sociedade em geral constitui este grupo, ao menos sem mais suporte empírico.<sup>140</sup>

Além disso, o autor destaca que o conhecimento não é necessariamente uma via de mão única, eis que, proposições adicionais podem tanto retardar o conhecimento como avançá-lo, assim como a verdade pode ser perdida da mesma forma como pode ser alcançada. Assim, Schauer afirma que, a menos que se possa demonstrar que o conhecimento tem alguma espécie de poder inerente ou que a verdade é auto-evidente, não há razão para assumir que o debate aberto e a discussão serão benéficos automaticamente e em todos os casos.<sup>141</sup>

O autor analisa que se quisermos ter uma teoria da primeira emenda que servirá para o seu terceiro século de vigência, é improvável que os chavões desatualizados do mercado de ideias sejam suficientes. Além das dúvidas pressuposições empíricas e epistemológicas do modelo de mercado, Schauer observa que, sob a teoria do mercado de ideias, nenhum destaque ou proteção especial precisa ser dado à expressão relacionada às questões públicas ou políticas, uma vez que o mercado decide não apenas a verdade das ideias, mas também a sua importância.<sup>142</sup>

De mais a mais, Schauer enfatiza que qualquer versão forte do argumento da verdade deve elevar a busca pelo conhecimento para uma posição de prioridade absoluta sobre outros valores, o que torna o argumento impraticável de tão poderoso. E se eventualmente enfraquecêssemos o argumento para levar em conta outros interesses que ocasionalmente podem prevalecer, o autor observa que o argumento da verdade faria

---

139 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 33.

140 Ibidem.

141 Ibidem.

142 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory. 1986. p. 777.

pouco mais do que a afirmação de que a busca pelo conhecimento é um valor que deve ser considerado, forma em que o argumento da verdade diria muito pouco.<sup>143</sup>

Contudo, o autor pondera que, embora o argumento da verdade falhe em fornecer o suporte doutrinário reclamado por seus defensores, ele ainda é útil, na medida em que foca a nossa atenção na falibilidade, isto é, na possibilidade de que *nós* estejamos errados e a de que *e/les* estejam certos. Segundo Schauer, o argumento da verdade ao menos nos faz pausar antes de assumir tão facilmente a verdade da opinião recebida, nos fornecendo uma razão para tratar a supressão da opinião diferentemente da forma como tratamos outras ações governamentais. Para ele, mais importante ainda é que esse foco na possibilidade e na história do erro nos torna propriamente temerosos em outorgar a qualquer corpo governamental a autoridade para decidir o que é falso e o que é verdadeiro, o que é certo e o que é errado, o que é sensato e o que é tolo. Da mesma forma que os indivíduos são falhos, Schauer frisa que os governos também são falhos e propensos ao erro. De acordo com o autor, tal como somos propriamente céticos sobre o nosso próprio poder de distinguir a verdade da falsidade também devemos ser mais céticos ainda sobre o poder de qualquer autoridade governamental de fazer isto por nós.<sup>144</sup>

Por fim, Schauer salienta que o argumento da verdade pode estar baseado não apenas no seu inerente ceticismo sobre o julgamento humano, mas também em um profundo ceticismo sobre os motivos e as habilidades daqueles a quem concedemos o poder político. Por tal motivo, ele destaca que a razão para preferir o mercado de ideais em face da seleção da verdade pelo governo pode ser menos provada pela habilidade do primeiro, do que pela frequentemente evidenciada inabilidade do segundo. E, na medida em que isto está implícito no argumento da verdade, o autor observa que há uma relação forte entre o argumento da verdade e o argumento da democracia que será o objeto do próximo capítulo.<sup>145</sup>

## 2.2 O ARGUMENTO DA DEMOCRACIA

Quanto ao argumento da democracia, Schauer inicia afirmando que, diferentemente do argumento da verdade, o argumento da democracia tem uma natureza condicional, na medida em que requer para o seu emprego a aceitação *a priori* dos princípios democráticos como um guia apropriado para a organização e o governo do

---

143 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 33.

144 Ibidem, p. 34.

145 Ibidem.

Estado. O autor destaca que se o argumento da verdade é válido, a sua validade se aplica para qualquer forma de organização social, ao passo em que o argumento da democracia é inteiramente inaplicável para autocracias, oligarquias ou teocracias. Com efeito, ele reconhece que tais formas são menos frequentemente defendidas hoje do que no passado, mas defende também que certamente não foram extintas. Daí a natureza condicional do argumento da democracia que decorre dessa presunção de certos princípios de estrutura governamental e que faz com que o argumento da democracia se aplique a um espectro de sociedades mais estreito do que a maioria dos outros argumentos para a liberdade de expressão.<sup>146</sup>

Para Schauer, muito além da premissa da democracia enquanto forma de governo, o argumento da democracia parte especificamente da premissa de uma sociedade em que a população em geral é soberana, e seria justamente essa base política para o princípio da liberdade de expressão que conduz a uma posição de proeminência deste argumento para a expressão relacionada a questões públicas e, principalmente, direcionada para a crítica de políticas e autoridades governamentais.<sup>147</sup>

O autor expõe que, dentro do argumento da democracia, a liberdade de expressão é necessária para dois propósitos principais. Em primeiro lugar, Schauer explica que a liberdade de expressão é fundamental para fornecer ao eleitorado soberano a informação necessária para o exercício desse poder soberano e para o engajamento no processo deliberativo que é requisito para o uso inteligente deste poder. Em segundo lugar, o autor frisa que a liberdade para criticar torna possível responsabilizar autoridades governamentais como servidores públicos perante os seus senhores, quais sejam, a população em geral.<sup>148</sup>

Além disso, Schauer destaca que o argumento da democracia deriva a sua força da suposição inicial de que os governos devem ser estruturados para fornecer, via de regra, por meio de um sistema de eleições frequentes e abertas com sufrágio universal e algum tipo de princípio de governança majoritária, um Estado no qual a população em geral tem soberania na teoria e na prática, de forma que se constitua em um sistema que personifica a ideia de autogoverno e que dá às pessoas o direito de estarem erradas.<sup>149</sup>

Nessa altura, cabe tecer algumas considerações mais aprofundadas sobre o que deve efetivamente significar o termo democracia. Schauer afirma que a palavra “democracia” ganhou tamanha força emotiva, ao ponto de perder absolutamente todo o significado que tinha. Segundo o autor, o seu conteúdo descritivo é mínimo e agora é

146 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 35.

147 Ibidem.

148 Ibidem, p. 36.

149 Ibidem, p. 37.

quase como um termo de aprovação política pura, eis que a aceitação da democracia como o jeito adequado de organizar o Estado é hoje tal que todos os governos sentem a necessidade de se autodescreverem como “democráticos”, independentemente do quanto autocráticos eles sejam. Do mesmo modo, Schauer afirma que todos os governos inflexíveis são “democracias” e todos os movimentos revolucionários contra estes governos são “democráticos”.<sup>150</sup> O exemplo não é especificamente abordado por Schauer, no entanto, cabe observar que o livro *Free Speech: a philosophical enquiry*<sup>151</sup> no qual a observação foi feita foi publicado em 1982, isto é, na vigência da República Democrática Alemã (RDA ou DDR, em inglês), a qual se manteve até 1989, momento em que houve a queda do Muro de Berlim e a reunião dos dois blocos. Considerando a característica ditatorial do regime e a contradição com o seu nome democrático faria sentido pensar na hipótese de que esta experiência tenha sido um dos exemplos que o autor possa ter tido em mente em tal comentário.

Como a palavra passou a significar todo tipo de coisa para as pessoas, Schauer reconhece que é importante esclarecer o que ele entende por democracia. O autor expõe que se sente obrigado pela tradição a continuar usando a palavra democracia, porém, em um sentido muito mais estrito. Segundo o autor, este é o seu significado de democracia:

Considero que democracia significa um sistema que reconhece que o poder político final reside na população em geral, que o povo como um corpo é soberano, e que estes, ou diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, de forma significativa realmente controlam a operação do governo. Eu não uso a palavra “democracia” como sinônimo de qualquer sistema que proporcione uma mudança pacífica (Russell e Popper), como qualquer sistema projetado para o benefício do povo (Bentham, James Mill e muitos marxistas), como qualquer sistema que forneça uma quantidade máxima de igualdade (alguns marxistas), ou como qualquer sistema evidenciando grande respeito pelos interesses dos indivíduos (Tocqueville, J. S. Mill, e muitos teóricos modernos da democracia pluralista). Embora todos estes fatores podem estar e frequentemente estão presentes em certa medida em sociedades baseadas na soberania popular, eles não necessariamente precisariam estar. Estes fatores não definem a democracia. “Democracia” como eu uso aqui não é definida como uma regra para o povo, mas como uma regra feita pelo povo. O último pode envolver o primeiro, mas o inverso claramente não é verdade.<sup>152</sup>

Com relação aos expoentes principais do argumento da democracia, embora Schauer aponte ser possível identificar ideias semelhantes nos trabalhos de Spinoza, Hume e Kant, ele frisa que o filósofo político americano Alexander Meiklejohn<sup>153</sup> foi o

150 SCHAUER. *Free Speech: a philosophical enquiry*, 1982, p. 36.

151 Ibidem.

152 Ibidem, p. 36, 37. (TPA).

153 Cf. MEIKLEJOHN, Alexander. Free speech and its relation to self-government. In: **Political freedom: the constitutional powers of the people**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1965.

responsável pela articulação mais cuidadosa do argumento. O autor afirma que ao articular o argumento da democracia, Alexander Meiklejohn foi muito influenciado pela ideia de autogoverno e a instituição da reunião municipal, uma forma de governo prevalecente em pequenas cidades em New England. Quanto ao modelo da reunião municipal, o autor observa que, nele, todas as grandes decisões são tomadas por toda a população adulta reunida, fazendo com que o modelo constitua o autogoverno na sua forma mais pura. Segundo Schauer, um ponto central da ideia da reunião municipal é que não existem autoridades governamentais no sentido de líderes políticos, existe apenas um moderador que tem como única função organizar a reunião e aplicar a ordem, ao passo em que membros da população propõem ideias, debatem essas ideias e então as adotam ou rejeitam por meio do voto de todo o povo.<sup>154</sup>

A partir da inspiração nesse modelo, Schauer explica que a tese de Meiklejohn estendeu o ideal de soberania popular inserida na reunião da cidade para a república que é maior e mais complexa, tendo em vista que, para Meiklejohn, o tamanho e a complexidade do Estado moderno não diminuiu a soberania popular absoluta da população. Tal como o debate aberto e a deliberação pública, que precedem qualquer decisão, são as características essenciais do modelo da reunião municipal, segundo Schauer, o debate aberto e a deliberação pública no argumento da democracia articulado por Meiklejohn também são características intrínsecas e indispensáveis de qualquer sociedade baseada na premissa do autogoverno.<sup>155</sup>

O autor expõe também que o argumento da democracia é composto por dois elementos críticos que dão suporte ao princípio da liberdade de expressão. O primeiro elemento crítico é para Schauer a necessidade de tornar todas as informações relevantes disponíveis para o eleitorado soberano, para que eles, no exercício dos seus poderes soberanos, possam decidir quais propostas aceitar e quais propostas rejeitar. O autor explica que, embora uma restrição na liberdade geral do indivíduo não iria necessariamente afetar o processo democrático governamental, uma circunscrição do discurso iria limitar a informação disponível para aqueles que tomam as decisões, prejudicando o processo deliberativo e consequentemente corroendo diretamente o mecanismo de autogoverno. Como não podemos votar inteligentemente sem informação total, ele enfatiza que o argumento entende que negar acesso a esta informação é uma violação séria aos princípios básicos da democracia, na medida em que significaria negar o direito ao voto.<sup>156</sup>

---

154 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982. p. 36, 37.

155 Ibidem, p. 37, 38.

156 Ibidem, p. 38, 39.



De acordo com Schauer, o segundo elemento crítico do argumento da democracia que ampara a liberdade de expressão é que, se a liberdade de expressão é percebida como uma consequência necessária do lugar-comum de que se as pessoas como um todo são soberanas, os oficiais do governo são servos e não governantes, isso, a seu turno, gera fundamentos mais específicos para a liberdade de expressão, ao nos lembrar de que em uma democracia nossos líderes estão em gabinete para servir aos desejos das pessoas. Assim, o autor conclui que esse segundo elemento crítico frisa que a liberdade de expressão é uma forma que as pessoas têm de comunicar estes desejos para o governo, razão pela qual qualquer supressão das afirmações das demandas do público é inconsistente com a noção de que o governo existe para o propósito específico de responder às demandas da população.<sup>157</sup>

Além disso, Schauer ressalta que, se o governo é o servo, a censura pelo governo é algo anômalo, eis que o resultado seria a pré-seleção pelos servos das informações disponíveis para o soberano, embora a lógica sugeriria precisamente o contrário. Finalmente, e segundo Schauer o mais importante, é que o papel do governo como servos obriga ao reconhecimento do direito de rejeitar e criticar os nossos líderes. Dentro de uma teoria do autogoverno, ele frisa que isto está na própria essência da democracia, tendo em vista que a crítica das autoridades públicas e das políticas públicas é uma extensão direta dos princípios da democracia. E é assim que para o autor o argumento da democracia reestabelece essa base para o princípio da liberdade de expressão independente de princípios gerais da liberdade, no sentido da ênfase da liberdade para criticar as políticas governamentais e as autoridades governamentais.<sup>158</sup>

Schauer prossegue reconhecendo que, em alguns aspectos, o argumento da democracia está relacionado à teoria da verdade da sobrevivência discutida dentro da argumento da verdade, eis que, ao colocar o poder final nas pessoas, esta versão do argumento da democracia caracterizada pela soberania popular e pelo governo da maioria implicitamente incorpora a visão de que as verdades políticas são, por definição, aquelas que são aceitas pela maioria das pessoas. Por isso é que para o autor, se as pessoas são soberanas, não cabe aos governos decidir o que é verdade e o que é falso, principalmente em questões políticas, pois na sua qualidade de servo o governo tem um papel institucional de confiança que exige imparcialidade ou neutralidade em relação ao povo e, portanto, em relação às várias ideias do povo. Assim, Schauer destaca que

---

157 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 38, 39.

158 Ibidem, p. 39.

inerente ao ideal de autogoverno é a proposição de que apenas o povo pode distinguir entre a verdade e a falsidade em assuntos relacionados às políticas governamentais.<sup>159</sup>

Assim, Schauer destaca que pode ser que o argumento meiklejohniano e o argumento da verdade se desmoronem juntos, no sentido de que algumas verdades, talvez especialmente verdades políticas, podem ser definidas em termos de processos democráticos, fazendo com que o argumento para a deliberação aberta como meio de encontrar a verdade desmorone em um argumento para a deliberação aberta como um bem autoevidente.<sup>160</sup>

Ainda sobre a relação entre a teoria da sobrevivência da verdade e o argumento da democracia, o autor pondera que esta é uma teoria que parece mais plausível para questões de políticas públicas do que para a maioria das outras categorias do conhecimento humano. Isso porque, para Schauer, não seria desarrazoado argumentar que estamos mais distantes da certeza em matéria de teoria política e políticas públicas do que em outras categorias do pensamento, e que mesmo que algum teste objetivo seja concebível, estamos a um longo caminho de encontrá-lo ou de concordar no que ele poderia ser. Diante do grande desacordo existente acerca de assuntos relacionados a políticas públicas, ele reconhece que talvez aqui, e apenas aqui, a regra da maioria seja o melhor teste disponível para a verdade.<sup>161</sup>

Contudo, Schauer reconhece que existe uma outra alternativa: a de que a verdade não seja o problema. Nesse contexto, ele recorda que a soberania popular incorpora o direito da maioria de estar errada e, por isso, nos locais em que a democracia é aceita, a vontade popular prevalece sobre qualquer outro método de chegar ao conhecimento, não importando o quão melhor esses outros métodos possam parecer. Assim, o autor frisa que aceitar que as pessoas têm o direito de estar erradas implica em aceitar que o erro dificilmente pode ser o critério para negar às pessoas o acesso à informações e opiniões que podem influenciar suas decisões.<sup>162</sup>

Daí que surge para Schauer o paradoxo do poder, eis que o argumento da democracia acaba entrando em colapso na própria concepção particular de democracia a partir do qual ele é gerado. O autor recorda que todo o argumento é gerado pelo princípio de um eleitorado soberano. Contudo, paradoxalmente, Schauer afirma que o mesmo conceito de soberania que fornece a fundação para o argumento da democracia também expõe as fraquezas mais fundamentais do argumento, eis que se as pessoas são de fato soberanas, e se essa soberania tem os poderes ilimitados normalmente associados com

---

159 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 39.

160 SCHAUER. *Reflections on the Value of Truth*, 1991. p. 3.

161 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 39, 40.

162 Ibidem, p. 40.

a soberania, então, a aceitação dessa visão da democracia implica na aceitação do poder do soberano de restringir a liberdade de expressão, da mesma forma que o soberano pode restringir qualquer outra liberdade.<sup>163</sup>

E aqui é bom lembrar as implicações do reconhecimento do Princípio da Liberdade de Expressão. Conforme observa Schauer, o Princípio da Liberdade de Expressão funciona como uma restrição ao poder governamental, como uma limitação específica da regra geral aceita dos poderes de uma maioria soberana. E assim, ele observa que, se aceitarmos que a maioria pode legislar por si mesma, ou mediante representantes, sobre qualquer assunto, então, o Princípio da Liberdade de Expressão existe apenas se ele é uma exceção à regra geral da soberania da maioria. Em outras palavras, o autor adverte que qualquer restrição ao poder da maioria, como um princípio da liberdade de expressão, é por sua própria natureza antidemocrática e antimajoritária. Se este não fosse o caso, ele pondera que a maioria não estaria mais restringida ao lidar com atos de expressão do que ao lidar com quaisquer outras formas de conduta, e a liberdade de expressão seria pouco mais do que uma retórica.<sup>164</sup>

Por tal motivo Schauer conclui que a própria noção da soberania popular que dá suporte ao argumento da democracia milita contra qualquer limitação a esta soberania, e consequentemente argumenta contra o reconhecimento de um Princípio da Liberdade de Expressão que seja independente. Na medida em que defendemos direitos individuais de expressão, argumento e criticismo, segundo o autor, nós fazemos defesas inconsistentes com a visão da democracia fundamentada na soberania absoluta do povo como um todo e, ainda que olhássemos a liberdade de expressão não tanto como um direito individual mas como um interesse social na expressão individual, a aplicação desse olhar ainda implicaria em conceder ao indivíduo o direito de falar em instâncias em que a maioria pode ter interesse em restringir este ato de expressão. Assim é que o autor destaca que quanto maior for a nossa aceitação da premissa do argumento da democracia, menores serão as implicações que poderemos extrair do direito ao autogoverno pela restrição do poder da maioria, pois se o argumento da democracia permitir que se digam coisas que o povo não quer que sejam ditas, então, não se trata de um argumento baseado na vontade popular e sim em um argumento contra essa vontade.<sup>165</sup>

Contudo, mais uma vez, quando parece que a tese do argumento da democracia está quase inteiramente refutada como um fundamento para o Princípio para a Liberdade de Expressão, o próprio Schauer reconhece que tais considerações não devem provar

---

163 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 40.

164 Ibidem, p. 40, 41.

165 Ibidem, p. 41.

demais, eis que pela mesma ideia as pessoas pelo voto da maioria poderiam retirar da minoria o direito de votar, uma ação fundamentalmente contrária a qualquer concepção plausível de autogoverno.<sup>166</sup>

Para Schauer, esse paradoxo do poder é resolvido quando olhamos para a ideia de equidade, tendo em vista que a participação igualitária de todas as pessoas no processo do governo é ainda mais fundamental para o ideal de autogoverno, do que é a ideia do poder majoritário. Nesse sentido, ele pondera que se todos devem participar igualmente, então, todos devem ter a informação necessária para tornar esta participação significativa. Daí que o autor destaca que o argumento da democracia assim transformado ainda argumenta poderosamente a favor de uma ampla liberdade para comunicar ideias e informações relevantes aos processos de governo. Contudo, a questão que ele frisa à essa altura é que na medida em que mudamos de uma noção estéril de democracia como regra da maioria para a democracia como participação igualitária, o livre acesso à informação torna-se mais uma questão de respeito pela dignidade individual, escolha individual e tratamento igual para todos os indivíduos, do que uma ideia fundamentada em noções de soberania.<sup>167</sup>

Assim, segundo Schauer, se visto como uma forma de igual respeito pelos indivíduos, embora seja um lembrete de que os assuntos relevantes para o autogoverno são especialmente importantes e que os interesses individuais e a dignidade estão quase sempre implicados nas decisões relacionadas ao exercício do poder político, o argumento da democracia não fornece um argumento independente para o Princípio da Liberdade de Expressão. Assim, ele reconhece que o argumento da democracia pode constituir uma razão fundamentada para dar um lugar de destaque à expressão política, mas apenas como parte de um Princípio da Liberdade de Expressão derivado de princípios independentes mais sonoros.<sup>168</sup>

Além disso, Schauer frisa que o argumento da democracia gera ainda um outro argumento relacionado mais com os aspectos da equidade na democracia do que o conceito de soberania popular. Inicialmente, ele recorda que predominante entre os problemas que preocuparam teóricos políticos ao longo da história moderna é o problema da legitimidade do governo da maioria, ou, dito de outro modo, o questionamento de qual é a obrigação moral da minoria de obedecer a uma determinada lei promulgada pela maioria, a despeito das suas objeções. Assim, ele aponta que uma razão para impedir a maioria de retirar a liberdade da minoria de discordar é que o direito da minoria de objetar,

---

166 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 41.

167 Ibidem.

168 Ibidem, p. 42.

ou seja, de tentar influenciar a maioria para ter uma palavra a dizer na formulação da política final, fornece a base moral para vincular todos à regra em última instância adotada. O autor frisa que essa regra final não é vista tanto como o trabalho apenas da maioria, mas como o trabalho de todos que participaram ou poderiam participar de sua formulação. Portanto, Schauer finaliza afirmando que falar e tentar influenciar os outros de acordo com o seu ponto de vista, é uma maneira, talvez a maneira de participar.<sup>169</sup>

Assim, Schauer pondera que o argumento da democracia, em certo sentido, deu uma volta completa. Ele reitera que, sob muitas formulações do argumento da democracia, a liberdade de expressão é valiosa porque permite que os ouvintes recebam todas as informações e materiais para o exercício do direito ao voto pelos membros de um eleitorado soberano, sendo que a ênfase nos direitos do ouvinte, em vez da ênfase nos direitos do falante é uma das contribuições mais importantes do argumento da democracia. Contudo, com essa transformação do argumento da democracia, Schauer ressalta que o foco agora é direcionado para os direitos do falante. Para ele, quando olhamos para a liberdade de expressão como um interesse do falante, o núcleo da teoria tem muito mais a ver com dignidade individual e igualdade, o direito moral de igual participação, do que com qualquer noção de soberania eleitoral, ou mesmo com qualquer cálculo pragmático ou utilitário de como o governo pode funcionar de forma mais eficaz.<sup>170</sup>

Após ter desenvolvido a problemática do paradoxo do poder, Schauer conclui que, de acordo com uma teoria meiklejohniana, podemos desejar ser especialmente sensíveis às restrições ao ato de expressão político por parte de funcionários públicos que não prestam contas, mas, para ele, se devemos estar igualmente preocupados com as restrições inspiradas, apoiadas e implementadas pelo povo é uma questão muito mais sensível, pois em muitos casos as restrições de expressão são provavelmente o que a massa de pessoas realmente deseja. O autor aponta como exemplos dessa vontade da maioria o aparente desejo do público de restringir materiais sexualmente explícitos, de manter Hare Krishnas fora dos aeroportos e de dar ocasionalmente uma lição aos jornais, situações que dificilmente poderiam ser, para ele, caracterizadas como produto de facções minoritárias ou a influência de legisladores interessados. Consequentemente, Schauer frisa que se o público quer menos discurso, devemos pensar seriamente no que significa dizer, em nome da soberania popular, que não é isso que o público realmente quer.<sup>171</sup>

---

169 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 42.

170 Ibidem.

171 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 779, 780.

Com efeito, o autor pondera também que as questões levantadas pelo paradoxo da soberania diminuem quando olhamos para as teorias politicamente orientadas da liberdade de expressão não tão dependentes da soberania popular como a de Meiklejohn. A respeito, ele cita a teoria do "valor de verificação" do Professor Blasi<sup>172</sup>, a qual reconhece que é irreal supor que as pessoas deliberam ativamente sobre a maioria das questões de política pública. Schauer aponta que, para Blasi, as pessoas retêm, tanto teoricamente quanto na prática, a capacidade de controlar os abusos mais extremos do governo e, para fazer isso, ele argumenta, as pessoas devem ter à disposição as informações e opiniões que lhes permitam exercer essa função de fiscalização. Mas mesmo sob esta visão mais moderada e realista do poder popular, o autor afirma que o paradoxo da soberania permanece, pois mesmo que seja importante que as pessoas tenham acesso às informações sobre abusos governamentais de poder para que possam fazer algo a respeito desses abusos, pode ser igualmente importante que as pessoas sejam capazes de restringir ou canalizar o processo de comunicação para servir de forma mais eficaz a própria função de verificação.<sup>173</sup>

Schauer destaca, assim, que ambas as perspectivas da deliberação popular universal, quais sejam, o argumento da democracia segundo Meiklejohn, ou a questão de verificar os abusos extremos do poder governamental, segundo Blasi, envolvem problemas relativos a como o controle popular deve ser implementado. O autor observa que uma variedade de decisões sobre como o público manterá o controle está envolvida, e, para ele, algumas dessas decisões podem ser plausivelmente decisões que restrinjam algumas palavras em algumas circunstâncias. Se isso acontecer, segundo Schauer, devemos nos questionar se a negação desse poder de restringir é um controle ao governo ou se é de fato um controle ao próprio povo.<sup>174</sup>

Questionando tanto o modelo de Meiklejohn, como o de Blasi, Schauer acrescenta que pode também ser um erro presumir que as teorias políticas da Primeira Emenda devem necessariamente recorrer ao poder popular. Para o autor, há casos em que a pressão da mídia serviu para controlar as autoridades públicas, apesar da falta de qualquer protesto público amplo e significativo, fazendo com que a confiança no controle popular seja, nestes casos, teoricamente desnecessária. Isso porque, segundo Schauer, o governo americano contemporâneo é complexo demais para supor que funcionários

---

172 BLASI, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. **American Bar Foundation Research Journal**, Chicago, vol. 2, n. 3, p. 521-649, 1977.

173 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 779, 780.

174 Ibidem, p. 781, 782.

públicos ruins sejam forçados a deixar seus cargos, ou forçados a mudar de conduta, simplesmente como resultado do clamor popular.<sup>175</sup>

Assim, o autor aponta que, após uma análise mais detalhada, o argumento da democracia se afasta cada vez mais de sua fonte nas teorias de soberania e autogoverno. De acordo com Schauer, isso não é nada surpreendente, tendo em vista que o paradoxo apresentado apenas ilustra que a concepção de soberania que dá suporte para o argumento de democracia é ela própria fundamentalmente falha, não apenas como base para um princípio de liberdade de expressão, mas também como uma teoria mais geral da democracia. Da mesma forma como a ênfase na soberania popular leva a conclusões paradoxais como ao direito do povo de alienar essa soberania ao eleger um déspota absoluto, o autor observa que o mesmo acontece com a ênfase na soberania eleitoral no argumento da democracia, ênfase esta que ajuda muito pouco a explicar porque os direitos da liberdade de expressão são direitos contra a maioria ou porque eles estariam imunes aos princípios da regra da maioria. Daí que Schauer ressalta que um argumento que não pode explicar essas questões não é um argumento para um Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>176</sup>

Além disso, o autor observa que a complexidade das sociedades modernas estreita ainda mais a gama de aplicação do argumento da democracia. Quanto mais uma estrutura governamental se afasta do paradigma da reunião municipal da Nova Inglaterra, Schauer aponta que menos aplicável torna-se a estéril formulação de Meiklejohn do argumento da democracia.<sup>177</sup>

Entretanto, essa distância entre a realidade e o modelo de reunião municipal sugere para Schauer mais uma formulação alternativa do argumento da democracia. Partindo da premissa de que nossos líderes tornam-se governantes eleitos em vez de servos, o autor pondera que as superestruturas governamentais são mais propensas a se tornarem tão preocupadas com a perpetuação de seu próprio poder quanto em agir no que elas percebem ser o interesse público. Ademais, ele observa que as mesmas motivações que levam as pessoas a aspirar a um cargo governamental também levam essas pessoas a querer manter essas posições. Nesse sentido é que ele aponta que a liberdade de criticar o governo é um freio aos instintos de sobrevivência de organizações governamentais que se autoperpetuam e a liberdade de expressão e talvez mais particularmente a liberdade de imprensa podem ser, a seu turno, uma parte integrante

---

175 SCHAUER. *The Role of the People in First Amendment Theory*, 1986. p. 785.

176 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 43.

177 Ibidem.

relevante de um sistema de governo baseado na separação de poderes e em freios e contrapesos.<sup>178</sup>

Schauer ressalta ainda que o escrutínio aberto da conduta oficial tem outra função importante além de informar o público: a de fornecer as informações necessárias a outros funcionários públicos, uma vez que, na medida que o governo se torna cada vez mais disperso, um sistema de freios e contrapesos pode precisar de um mecanismo auxiliar por meio do qual uma parte do governo pode descobrir o que as outras partes estão fazendo. Dito de outro modo, para Schauer, é bem possível que, à medida que o governo fica mais pesado, faz-se necessário que a imprensa diga à mão esquerda o que a direita está fazendo.<sup>179</sup>

Dentro dessa dinâmica, o autor afirma que o processo de comunicação é a forma principal, e talvez a única, por meio da qual uma massa de indivíduos atômicos pode se juntar com a força independente prevista pelo modelo de autogoverno puro. Schauer reforça, então, que o público pode parecer ter pouco poder, mas a opinião pública pode ter muito poder, e o processo de comunicação permite que o primeiro seja convertido no segundo.<sup>180</sup>

Com efeito, Schauer reconhece que essa formulação alternativa do argumento da democracia não é necessariamente inconsistente com as formulações anteriores do argumento da democracia. A questão para ele é que o argumento assim reformulado enfatiza a característica mais importante do argumento principal que é o papel dos oficiais públicos como responsáveis e responsivos ao povo. Concomitantemente, ele ressalta que essa reformulação também tira a ênfase da concepção do eleitorado como uma sociedade nacional que debate. Embora ele reconheça que as duas noções não são independentes, Schauer frisa que é a primeira que tem aplicação contemporânea mais direta.<sup>181</sup>

No entanto, o autor nota que mesmo quando reconstituído dessa forma, o argumento que surge permanece estreito, por causa de sua ênfase quase exclusiva em questões públicas ou políticas. De fato, Schauer reconhece que poderíamos argumentar, é claro, que todos os assuntos estão indiretamente relacionados ao processo governamental, ou que uma visão mais completa da democracia inclui uma gama mais ampla de questões. Entretanto, ele aponta que, dessa forma, o argumento torna-se bastante atenuado, já que não é possível entender a noção de autogoverno na arte, literatura ou ciência. Mas, segundo Schauer, não há razão para esticar o argumento além

178 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 43.

179 SCHAUER. *The Role of the People in First Amendment Theory*, 1986. p. 786.

180 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 44.

181 Ibidem.



de seu ponto de ruptura, eis que a estreiteza do argumento da democracia também é sua maior força. O autor destaca que o argumento falha em fornecer uma justificativa para um amplo Princípio da Liberdade de Expressão, mas fornece várias razões fortes para dar atenção e proteção especial ao discurso político e às críticas ao governo.<sup>182</sup>

Cabe, então, avaliar a relação entre o argumento da verdade e o argumento da democracia, uma relação que, para Schauer, é marcada pelo retorno à falibilidade. Em princípio, segundo o autor, não há nada nas origens do argumento da democracia que possa sugerir alguma relação próxima com o argumento da verdade, sendo que o próprio Meiklejohn zombava do argumento da verdade como sendo primariamente um jogo para aristocratas intelectuais, os quais eram vistos por ele como surpreendentemente despreocupados com questões de autogoverno.<sup>183</sup>

Contudo, Schauer ressalta que os argumentos não são assim tão diferentes, na medida em que a análise dos paradoxos e outras fraquezas do argumento da democracia revela que muito de sua força deriva não de sua força independente, mas da extensão em que o argumento da democracia é um subconjunto discreto e importante do argumento da verdade. Nesse sentido, o autor observa que, quase como uma observação improvisada, Meiklejohn observou que o corpo político *"deve reconhecer suas próprias limitações de sabedoria, temperamento e circunstância, e deve, portanto, tomar medidas adequadas para a autocrítica e a autocontenção"*. Para Schauer, essa observação é crucial porque é a única explicação plausível e útil do porquê um eleitorado soberano deve colocar limites em seu próprio poder soberano. O autor aponta que Meiklejohn não achou isso particularmente importante, o que não seria surpreendente já que se distancia bastante do fundamento da soberania popular, mas, para Schauer, essa observação é a mesma lição sobre cautela em face da incerteza que emergiu da discussão do argumento da verdade. Dito de outro modo, Schauer aponta que este é o entendimento da falibilidade em larga escala, uma reafirmação do que Tocqueville e Mill viam como a tirania da maioria. Assim, Schauer ressalta que, com tal observação, longe de ser um argumento da democracia majoritária, o argumento se torna um argumento contra a democracia majoritária.<sup>184</sup>

O autor pondera também que uma das razões pelas quais preferimos a democracia é porque pensamos que essas fraquezas são menos prevaletentes nas majorias do que nos tiranos individuais. Ademais, Schauer ressalta que a maioria tem menos vítimas potenciais de sua tirania do que déspotas individuais. Mesmo assim, ele

---

182 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 44.

183 Ibidem.

184 Ibidem, p. 45.

adverte que as fraquezas da maioria ainda existem, tendo em vista que, assim como tiranos individuais podem estar errados, o mesmo ocorre com grupos grandes, como as maiorias. E é justamente porque estas maiorias podem estar erradas que, de acordo com Schauer, nós desejamos preservar a liberdade de criticar as políticas da maioria, eis que é a crítica que, por sua vez, pode ajudar a maioria ou os seus designados a ver o erro e reconhecer a sua falibilidade.<sup>185</sup>

Assim, Schauer frisa que a preocupação especial com a liberdade de discutir questões públicas e a liberdade de criticar oficiais do governo é uma forma de argumento da verdade, na medida em que a necessidade de pensamento racional e a possibilidade de erro na política governamental são grandes e sérias. O autor reitera que há pouca certeza em questões de política governamental, e as consequências são particularmente graves quando as políticas escolhidas revelam-se equivocadas. Consequentemente, para ele, se o dano esperado é o produto do grau de incerteza e da extensão do dano caso a política escolhida seja incorreta, o risco de dano na política governamental é enorme e, portanto, o risco de assumir a infalibilidade é igualmente enorme. Para Schauer, a novidade acrescentada pelo argumento da democracia é a lição de que o discurso político é diferente tanto em tipo quanto em grau, pois embora nenhuma faceta do argumento da democracia seja conclusiva, ele fornece várias razões para tratar o discurso político como uma criatura totalmente diferente. Daí que o autor destaca que o argumento da democracia dá mais força ao argumento da incerteza, quando esse argumento é aplicado a questões de política governamental, poder e controle.<sup>186</sup>

Ainda sobre a relação entre o argumento da democracia e o argumento da verdade, Schauer frisa que o argumento da democracia não se dissolve completamente no argumento da verdade, eis que o modelo de autogoverno nos lembra que quando lidamos com políticas governamentais e com o desempenho e a qualificação de nossos líderes, estamos jogando por uma aposta mais alta. E em virtude do poder que conferimos ao governo, o autor destaca que os efeitos de sua falibilidade são ampliados pela importância das decisões que ele toma.<sup>187</sup>

Comparando o argumento da verdade e o argumento da democracia, o autor destaca ainda que ambos têm em comum uma abordagem consequencialista da liberdade de expressão, já que tanto o argumento da verdade como o argumento da democracia tratam a liberdade de expressão não como um fim, mas como um meio. Nesse sentido, ele explica que no argumento da verdade, a liberdade de expressão é um

---

185 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 45.

186 Ibidem, p. 46.

187 Ibidem, p. 45.

meio de aumentar o conhecimento, descobrir erros e identificar a verdade, enquanto que, no argumento da democracia, a liberdade de expressão é um meio de garantir o funcionamento adequado de um Estado baseado nos princípios do autogoverno. Cada um desses argumentos valoriza a comunicação aberta pelo o que ela faz, não pelo que ela é.<sup>188</sup>

Além disso, Schauer afirma que o argumento da verdade e o argumento da democracia também têm uma ênfase comum nos interesses da sociedade em geral, em detrimento do interesse do indivíduo, contrastando com os interesses individuais que são característicos dos argumentos que serão vistos nos próximos tópicos.<sup>189</sup>

### 2.3 O ARGUMENTO DA AUTORREALIZAÇÃO

Dentro da ideia do argumento da autorrealização, Schauer aponta que a questão que se coloca é se a liberdade de expressão seria um componente da “boa vida”, ou, dito de outro modo, uma parte integrante da natureza humana ou da autorrealização. Ele destaca que o ponto de partida aqui é a ênfase na liberdade de expressão como valor autônomo, ou seja, como um bem em si mesmo, não como um valor instrumental para algum outro objetivo social.<sup>190</sup>

O autor afirma que a visão da liberdade de expressão como um bem intrínseco é mais comumente articulada em termos de uma percepção particular da natureza humana e das aspirações ideais da humanidade que vê o homem como se esforçando continuamente por melhoria e autodesenvolvimento, e a livre comunicação como parte integrante desse objetivo. Contudo, para Schauer, essa ideia está fundamentalmente errada, já que equivaler liberdade de expressão com felicidade, ou considerá-la essencial para o prazer é simplesmente falso.<sup>191</sup>

De fato, ele reconhece que muitas pessoas realmente acreditam que a liberdade de expressar suas opiniões é o principal componente de sua felicidade, mas, segundo Schauer, outros têm a mesma probabilidade de estar satisfeitos com outras liberdades, ou de preferir a segurança ou a anestesia intelectual que acompanham controles rígidos da expressão. O autor destaca que não é uma verdade necessária que as pessoas equiparam felicidade com liberdade em um sentido amplo e, especificamente, equiparar felicidade a um tipo particular de liberdade é, para ele, ainda menos garantido. Além disso, Schauer ressalta que existem vários interesses a serem considerados - os

188 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 47.

189 Ibidem, p. 47, 48.

190 Ibidem, p. 48.

191 Ibidem, p. 49.

interesses dos falantes, os interesses dos ouvintes e os interesses de terceiros afetados pelas consequências do discurso. Por tais motivos, a tentativa de justificar a liberdade de expressão puramente em termos de felicidade é para o autor questionada pelos prazeres frequentemente conflitantes envolvidos, bem como pelas tênues suposições empíricas do argumento.<sup>192</sup>

No tocante às origens do argumento da autorrealização, Schauer explica que a teoria de que a comunicação e as relações pessoais são características centrais do desenvolvimento humano tem raízes nos escritos de Aristóteles. Para ele, são as concepções aristotélicas de felicidade que apresentam um argumento mais forte para a liberdade de expressão como um bem intrínseco e que está baseado não tanto no que o homem é, mas no que o homem deve ser. O autor expõe ainda que essa concepção da vida rica é derivada de ideias de crescimento pessoal, autorrealização e desenvolvimento das faculdades racionais, de forma que, sob esta concepção, aquele que está aproveitando a vida pode não ser contente e nem eufórico no sentido comum. Schauer afirma que, inclusive, ele pode nem mesmo ser feliz no sentido comum, porque a sua felicidade não reside, por exemplo, na satisfação sensual, mas em saber que ele desenvolveu ao máximo todo o potencial que distingue o homem de todas as outras criaturas.<sup>193</sup>

Nessa concepção de vida rica aristotélica, o autor observa que o homem deve se sentir satisfeito por saber que está realizando todo o seu potencial e, se é o poder da razão que distingue o homem de outras formas de vida animal, então, apenas explorando totalmente este poder alguém pode dizer que está desfrutando de uma vida plena. Como a base desta concepção da vida plena é o uso completo e o desenvolvimento da mente e do processo do pensamento, Schauer ressalta que a expressão é considerada como um componente integral da autorrealização, sendo uma inseparável da outra.<sup>194</sup>

A respeito do argumento da autorrealização, Schauer destaca que se o homem é um animal político e social, então, a comunicação e o uso da linguagem são componentes vitais da humanidade, pois nos relacionamos com outras pessoas predominantemente pela linguagem. Sendo a comunicação assim tão básica para a humanidade, Schauer explica que a sua proteção especial é facilmente justificada. Como é o pensamento, o raciocínio, a racionalidade e as inter-relações complexas com os outros que distinguem a humanidade de outras formas de vida animal, Schauer frisa, então, que são as faculdades da razão e do pensar que estão no cerne do autodesenvolvimento e do objetivo final do

---

192 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 49.

193 Ibidem, p. 49, 50.

194 Ibidem.

homem, ou seja, o uso máximo da sua capacidade de pensar, com grande grau de esforço mental e a exploração dos limites da mente.<sup>195</sup>

Considerando que as mentes não crescem no vácuo e que o isolacionismo intelectual é quase totalmente inconsistente com o desenvolvimento intelectual, o autor expõe que a imagem do guru no topo da montanha, desenvolvendo grandes ideias em uma existência sublime e isolada é muito mais um mito do que realidade. Schauer aponta que aprendemos a pensar na medida em que aprendemos a linguagem. Para o autor, o autodesenvolvimento intelectual adicional vem da comunicação de nossas ideias para outros e nossos pensamentos são refinados quando os comunicamos. Schauer exemplifica recordando que, muitas vezes temos uma ideia em algum estágio amorfo e incipiente, mas vemos ela se desenvolver ou vemos os seus pontos fracos pela primeira vez quando a ideia deve ser especificamente articulada de uma forma inteligível para uma outra pessoa. Nesse contexto, ele frisa a comunicação como parte integrante do autodesenvolvimento do locutor, porque ela lhe permite esclarecer e entender melhor seus próprios pensamentos.<sup>196</sup>

Schauer afirma que se aceitarmos a premissa de que a autorrealização mental é um bem primário, então, a forma como a comunicação de ideias está relacionada com o desenvolvimento intelectual fornece um argumento aparentemente sólido para uma liberdade especial de comunicação. Ocorre que, para o autor, a racionalidade superior dos seres humanos em comparação com outras formas de vida animal não leva necessariamente à conclusão de que o desenvolvimento desta faculdade em particular é mais importante do que o desenvolvimento ou a satisfação de outros desejos ou necessidades menos peculiarmente humanos, que também são compartilhados com o mundo animal e que também se beneficiam com desenvolvimento e realização, como nosso bem-estar físico, nossos prazeres não intelectuais, nossa necessidade de comida e abrigo e nosso desejo de segurança. Tendo em vista que qualquer governo ou ação privada para restringir a comunicação é geralmente justificada em nome de um desses ou outros desejos semelhantes de toda ou parte da humanidade, o autor ressalta que uma proteção particular da comunicação sob esta versão de uma teoria dos direitos naturais deve partir do princípio de que a comunicação seria, *prima facie*, mais importante do que esses outros interesses.<sup>197</sup>

Assim, Schauer ressalta que se um argumento do bem inerente apoia o direito à liberdade de expressão, da mesma forma esse argumento do bem inerente também pode

---

195 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 54.

196 Ibidem, p. 54, 55.

197 Ibidem, p. 55, 56.

apoiar o direito de comer, o direito de dormir, o direito a um abrigo, o direito a um salário decente, o direito a um emprego interessante, o direito à satisfação sexual e assim por diante, ao infinito. Como a ação governamental de qualquer tipo quase sempre é dirigida para a satisfação de alguma necessidade ou carência importante da população, o autor observa que um direito à liberdade de expressão que se fundamenta nessa mesma base não pode mais sensatamente operar como uma restrição contra tais ações que visam promover o interesse público. Para Schauer, o princípio da liberdade de expressão, se ele existe, opera como uma restrição ou trunfo, mas se todos os naipes são trunfos, na verdade estamos jogando sem trunfos.<sup>198</sup>

Como consequência, Schauer ressalta que o argumento da autorrealização sofre de uma falha em distinguir a autorrealização intelectual de outros desejos e necessidades, e portanto, falha em apoiar um princípio distinto da liberdade de expressão.<sup>199</sup> No entanto, ainda que eventualmente partíssemos para fins de argumentação da primazia da autorrealização intelectual, o autor conclui que a mesma falha ainda existiria. Nesse sentido, Schauer pondera que, mesmo que a comunicação seja uma condição suficiente para a autorrealização intelectual, isso não significa que seja uma condição necessária, pois o fato de a comunicação produzir o resultado desejado da autorrealização intelectual não significa que esse mesmo resultado não possa ser produzido também por experiências, como viagens ao redor do mundo, observação atenta ou mudança de emprego a cada ano. Segundo o autor, essas e muitas outras experiências podem abrir os nossos olhos, desencadeando um pensamento mais profundo e um consequente desenvolvimento do intelecto.<sup>200</sup> Por isso, Schauer sentencia que não há nada no argumento que mostre que a comunicação seja necessariamente melhor do que qualquer desses outros métodos de desenvolvimento mental, fazendo com que o argumento da

---

198 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 56.

199 Esta conclusão de Schauer, também é referendada por Mark Yudof, que acrescenta: *“Se o argumento da autorrealização pretende distinguir a satisfação e a felicidade de comprar uma casa daquela de escrever um livro, ele deve recorrer a uma visão normativa da liberdade ou a uma distinção empírica entre os efeitos de autorrealização da fala e da conduta. [...] Como sugere Schauer, a lógica do argumento da autorrealização, na ausência de uma teoria normativa dos direitos, não produzirá uma distinção inteligível entre liberdade de expressão e uma teoria geral do libertarianismo.”*. In: YUDOF, **In Search of a Free Speech Principle**, 1984, p. 691, 692, 694.

200 Para Mark Leitner, há, no entanto, um argumento alternativo baseado na importância da comunicação humana que Schauer não aborda. De acordo com Leitner: *“O argumento alternativo enfatiza não o papel do discurso no aperfeiçoamento da autoexpressão individual, ou desenvolvimento mental individual, mas a maneira pela qual a linguagem e o diálogo criam o mundo social. [...] Assim, o mundo ganha sentido apenas à medida que as palavras são usadas no discurso. ” Considerando que o discurso é necessário para compreender o mundo, e porque nenhum grupo ou indivíduo pode legitimamente reivindicar o fim desse discurso, há uma exigência consequente de que “a sociedade permita que o diálogo prossiga: isto é, a sociedade deve conceder aos seus cidadãos o direito de participar em o diálogo. ”[...] Nesse contexto, o argumento do papel do diálogo muda o foco do debate da autorrealização para o processo social de criação de significado. Assim, ele desvia a força da objeção de Schauer aos argumentos de autorrealização.”* In: LEITNER, **Liberalism, Separation and Power**, 1985, p. 103, 104.

autorrealização seja logicamente incapaz de gerar um verdadeiro Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>201</sup>

O autor frisa que as teorias deontológicas da liberdade de expressão que enfatizam a autorrealização ou a autoexpressão extraem seu apelo da atratividade inegável de algum grau de liberdade pessoal, mas, para ele, é justamente esse embasamento em conceitos de liberdade pessoal que é precisamente o desfazer dessas teorias. Como essas teorias deontológicas não distinguem a expressão de uma ampla gama de outras atividades autoexpressivas que estão fora do alcance da primeira emenda, Schauer entende que não há como classificá-las como satisfatórias, eis que uma teoria satisfatória da liberdade de expressão deve explicar não apenas porque o ato de expressão<sup>202</sup> coberto é distinguível de outras atividades distintamente autoexpressivas, como andar de motocicleta ou aparecer nu em público, mas também porque a expressão precisa de mais proteção do que atividades que não são necessariamente humanas, mas que são muito mais importantes do que falar quando o sujeito as deseja, como comida e abrigo.<sup>203</sup>

Outro ponto importante e ainda mais significativo para Schauer é que tais teorias não fornecem uma razão para proteger as atividades autoexpressivas que podem causar danos a outras pessoas. Ele aponta que as teorias gerais da liberdade pessoal invariavelmente incorporam o princípio de que a liberdade pessoal pode ser restringida nos casos em que o exercício dessa liberdade causa danos a terceiros. Para Schauer, se presumirmos que a primeira emenda agora protege, ou deve proteger, todos os atos que não causam dano demonstrável a terceiros, não podemos explicar a proteção de atos que de fato causam dano a terceiros, como declarações difamatórias, críticas ácidas de livros, avaliações críticas de restaurantes e de peças recém-inauguradas, epítetos raciais públicos ou revelações verdadeiras ou falsas sobre o passado de um candidato político. Schauer afirma que, em todos esses casos, a autoexpressão pode causar os mesmos tipos de danos que geralmente são considerados para justificar a intervenção governamental. O autor considera que uma teoria plausível de direitos naturais de liberdade de expressão baseada na liberdade de autoexpressão deve conter uma exceção que permite a restrição quando o dano é causado. E como estas teorias não conseguem explicar porque protegemos a expressão que produz danos, o autor conclui que devemos procurar uma resposta em outro lugar.<sup>204</sup>

---

201 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 57.

202 Neste momento, cabe recordar que aqui o autor está se referindo a *free speech*, o que ressalta a distinção entre o ato de expressão coberto e demais atividades autoexpressivas.

203 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 772.

204 Ibidem, p. 772, 773.

Ao final, Schauer reconhece que não quer dizer que a comunicação não é valiosa e, sim, que ela é apenas um aspecto de um argumento aristotélico a favor de uma liberdade extremamente ampla de se engajar em uma variedade enorme de condutas. O autor ressalta que o argumento da autorrealização pode ser um argumento poderoso para a liberdade de uma forma muito ampla, mas não nos diz nada em particular sobre a liberdade de expressão. De acordo com tal teoria, Schauer destaca que a liberdade de expressão é apenas um componente ou uma instância desse bem geral que chamamos de “liberdade”. Em síntese, para ele, pode ser possível que o argumento da autorrealização em um sentido amplo gere um argumento para a liberdade individual, mas não um argumento voltado para mostrar porque a liberdade de expressão é mais valiosa do que qualquer outra coisa que possamos ser ou deveríamos ser livres para fazer.<sup>205</sup>

## 2.4 O ARGUMENTO DA DIGNIDADE

Quando nos questionamos sobre o que está no cerne destes apelos à individualidade, liberdade individual e escolha individual, Schauer observa que existem dois caminhos que podem ser trilhados para responder a este questionamento. No primeiro, o autor afirma que podemos olhar para os resultados do respeito, permissão e até do encorajamento da escolha individual, não no sentido dos efeitos psicológicos sobre a pessoa que exerce a escolha, mas no sentido dos produtos do processo de escolha, ou seja, as escolhas realmente feitas. Nesse primeiro caminho, o autor aponta que o mais importante é a diversidade ocasionada pela escolha individual, a partir da premissa de que a variedade é o objetivo final do liberalismo. Schauer explica que a alternativa desse primeiro caminho é o que avaliaremos dentro do argumento da diversidade posteriormente, contudo, para ele há um segundo caminho interessante que considera não os produtos da escolha individual e, sim, o ato de permitir que a escolha seja feita. Nessa segunda perspectiva, o autor expõe que o que vale é notar quais são os interesses que reconhecemos quando permitimos que as pessoas exerçam seu livre arbítrio.<sup>206</sup>

Dentro dessa segunda via, o autor explica que vemos o liberalismo como fundamentado em noções de dignidade, respeito próprio, igualdade e independência de personalidade. Nesse formato, Schauer aponta que o argumento é proeminente no trabalho de Ronald Dworkin<sup>207</sup>, e a ideia do argumento é que se aceitarmos a importância de tratar cada pessoa com igual respeito e de tratar cada pessoa como valiosa de forma

205 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 58.

206 Ibidem, p. 61.

207 Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: uma leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



independente, então, prossegue o argumento, devemos tratar as escolhas de cada pessoa com igual respeito também.<sup>208</sup>

Nessa concepção de individualidade, o autor expõe que o ato de supressão fornece a pedra angular do argumento pela liberdade de expressão, já que quando o Estado suprime as ideias de uma pessoa, ou quando o Estado suprime a expressão dessas ideias por aquela pessoa, de acordo com este argumento, o Estado está insultando essa pessoa e afrontando sua dignidade.<sup>209</sup>

A questão para Schauer neste argumento é que a dignidade está intimamente relacionada com as ações em si mesmas e, se estiver relacionada às ações instrumentais, parece fora do lugar. Considerando que apenas um pequeno grupo de enunciados diz respeito a ações em si mesmas, bem como que o princípio da dignidade se relaciona apenas com a expressão em si mesma, o autor conclui que o princípio da dignidade não oferece nenhuma justificativa para um Princípio da Liberdade de Expressão que protege o discurso com consequências possivelmente desagradáveis.<sup>210 211</sup>

Nesse sentido, Schauer destaca que a dignidade pessoal poderia estar no cerne da liberdade de expressão apenas se o discurso fosse considerado como um ato em si mesmo ou se o Princípio da Liberdade de Expressão incluísse apenas atos em si mesmos, sendo que nenhuma destas visões é aceitável. Assim, quanto ao argumento da dignidade, o autor conclui que o problema aqui, como acontece com o argumento da autorrealização discutido anteriormente, é que o argumento da dignidade é um argumento para a liberdade pessoal, não um argumento para a liberdade de expressão.<sup>212</sup>

## 2.5 O ARGUMENTO DA DIVERSIDADE

---

208 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 62.

209 Ibidem, p. 63.

210 Ibidem, p. 64.

211 Há também mais uma crítica cabível ao argumento da dignidade e feita por Mark Leitner. Para Leitner, essa concepção de personalidade moral que afirma que as pessoas são fundamentalmente independentes, criadoras de si mesmas e de seus papéis sociais é falha, porque apresenta um relato incompleto de nossa experiência moral. Segundo Leitner, simplesmente não é verdade que nossas deliberações morais são processos estritamente solitários, na medida em que nossas deliberações são guiadas por uma autocompreensão complexa que é mais ampla do que a do eu [hipotético] soberano e separado, nossos apegos e compromissos, lealdades e convicções são necessários para nos compreendermos como as pessoas que somos, e nossos julgamentos e ações fluem, pelo menos em parte, desses laços constitutivos. De acordo com Leitner, desafiar a noção de independência individual no cerne do argumento de Schauer da autonomia dessa forma não nega a capacidade das pessoas de deliberar e escolher e, sim, reformula o caráter da tomada de decisão, especialmente onde as nuances constitutivas afetam as ações governamentais em relação ao discurso. In: LEITNER, **Liberalism, Separation and Power**, 1985, p. 106, 107.

212 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 64, 65.

Conforme esclarecido brevemente acima, Schauer explica que no argumento da diversidade, o valor da individualidade e da independência não está no processo de exercer a escolha, mas nos resultados das escolhas feitas. A partir da constatação de que as pessoas são diferentes em atitudes, desejos, motivações e habilidades, o autor expõe que a expectativa do argumento é a de que o jogo livre da escolha individual produza uma ótima variedade nas opiniões expressas e nas escolhas feitas.<sup>213</sup>

De acordo com o Schauer, o argumento da diversidade parte da premissa de que uma multiplicidade de opções pode ser valiosa para às vezes nos permitir rejeitar doutrinas estabelecidas ou expandir além das ortodoxias tradicionais, tornando possível que a divergência de atitudes aceitas demonstre as vantagens das alternativas e os pontos fracos nas opiniões recebidas. Ocorre que, segundo o autor, nesse formato o argumento se torna virtualmente idêntico ao que restou do argumento da verdade, após destilarmos tudo o que era supérfluo ou errôneo dele. De fato, ele reconhece que a ideia da diversidade é valiosa nesse contexto, mas, segundo Schauer, falar de diversidade é apenas uma maneira alternativa de dizer que todas as vantagens da abordagem falibilista para o argumento da verdade são aumentadas quando multiplicamos o número de alternativas e desafios disponíveis, sendo que não há, para ele, quase nada de revolucionário nesta observação.<sup>214</sup>

Assim, Schauer conclui a respeito do argumento da diversidade que, no contexto da liberdade de expressão, uma ênfase especial na diversidade é valiosa para nos permitir ver e, portanto, avaliar uma gama mais ampla de alternativas. E embora esta posição se sobreponha ao argumento da verdade, Schauer entende que, mesmo assim, ela adiciona um embelezamento importante por nos lembrar que, na maioria dos casos, um número maior de alternativas e desafios aumenta a probabilidade de reconhecer o erro e assim avançar o estado do conhecimento.<sup>215</sup>

## 2.6 O ARGUMENTO DA AUTONOMIA

Schauer inicia a análise da validade e da legitimidade do argumento da autonomia com o reestabelecimento da sua possível origem em Sócrates. Ele recorda que, no *Crítion*<sup>216</sup>, Sócrates reconhece o "direito" do Estado de punir ele e, portanto, se recusa a escapar para a costa segura da Tessália. Em contrapartida, Schauer expõe que,

---

213 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 66.

214 Ibidem.

215 Ibidem, p. 67.

216 PLATÃO. **Apologia de Sócrates. Crítion**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, 2015.

na Apologia<sup>217</sup>, Sócrates disse “*que nunca devo alterar meus caminhos, nem que eu tenha que morrer muitas vezes* “. Segundo o autor, uma resposta que é sugerida na própria Apologia é que embora o Estado possa legitimamente exercer o poder dentro de seu domínio, há uma área de escolha que pertence ao próprio Sócrates, evidenciando que Sócrates pode estar afirmando uma reivindicação de soberania, ou autonomia, sobre a sua própria mente, uma autonomia que lhe deixa a escolha final sobre qualquer assunto, mesmo que ao escolher uma alternativa em vez de outra, ele deva aceitar algum castigo físico infligido pelo Estado.<sup>218</sup>

Segundo Schauer, essa noção de soberania individual ou autonomia individual que atualmente também é associada a Kant fornece a base para uma teoria da liberdade de expressão baseada na santidade final da escolha individual. Como o pensamento pode estar intrinsecamente e moralmente além do alcance do poder estatal, Schauer explica que é plausível sugerir que a esfera do pensamento e da tomada de decisão individual é uma área, ou a única área, na qual o indivíduo é verdadeiramente autônomo.<sup>219</sup>

Schauer expõe que o argumento da autonomia também tem como expoente Thomas Scanlon<sup>220</sup>. De acordo com este último filósofo e a exposição a respeito do seu argumento por Schauer, ao decidir em que acreditar e ao pesar razões concorrentes para a ação, uma pessoa autônoma não pode aceitar sem consideração independente o julgamento de outros quanto ao que ele deve acreditar ou o que ele deve fazer. Assim, para Schauer, o argumento de Scanlon se articula com o fato de que a escolha final quanto a qualquer questão, seja de crença ou ação, cabe ao indivíduo e, mesmo quando um ato é proibido por lei, ainda que de forma adequada, o indivíduo autônomo mantém a opção de obedecer à lei ou violar a lei e assumir as consequências, já que como estão dentro dos limites da soberania individual, estas são decisões que o governo não pode e não deve tomar.<sup>221</sup>

O autor ressalta que Scanlon deriva a substância de seu argumento pela liberdade de expressão a partir desta noção de soberania individual absoluta em questões de escolha. De acordo com Schauer, a ideia é que se a decisão final couber ao indivíduo, então, a decisão desse indivíduo deve ser tão informada e inteligente quanto possível e, por isso, o material de informação para esta decisão individual não deve ser restringido. Daí que o autor pondera que Scanlon faz basicamente o mesmo argumento de Meiklejohn de que o governo não pode pré-selecionar informações disponíveis para o eleitorado

217 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 67.

218 Ibidem, p. 67, 68.

219 Ibidem.

220 Cf. SCANLON, Thomas. A Theory of Freedom of Expression. **Philosophy & Public Affairs**, Nova Jersey, vol. 1, n. 2, p. 204-226, 1972.

221 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 68, 69.

soberano. A diferença para Schauer é que Scanlon vê a questão da perspectiva da soberania individual e não da soberania eleitoral.<sup>222</sup>

Nesse sentido, Schauer explica que Scanlon argumenta que nenhum governo tem autoridade para distorcer a escolha final do indivíduo, impedindo-o de ouvir qualquer argumento apenas porque está de um lado da questão, em vez de outro. Por tal razão, Schauer afirma que a teoria de Scanlon é melhor caracterizada não como um direito de expressão, mas sim como um direito de receber informações e, mais importante, um direito de estar livre de intrusão governamental no processo de escolha individual.<sup>223</sup>

Diferentemente do estilo da Apologia e de Kant, Schauer afirma que o argumento de Scanlon tem também uma forte base contratual, tendo em vista que a sua ideia de autonomia individual está intimamente relacionada ao conceito de um Estado com poderes limitados. De fato, o autor reconhece que a autonomia individual e o conceito de um Estado com poderes limitados são lados opostos da mesma moeda, já que o indivíduo é soberano e autônomo simplesmente porque esta área de escolha final não foi cedida ao Estado.<sup>224</sup>

No entanto, para Schauer, o argumento apresenta falhas, quais sejam:

O assim chamado "direito" de desobediência civil é, em grande medida, o fundamento da teoria, porque o direito de acesso à persuasão (seja de informações factuais ou argumentos normativos) É, por sua vez, fundamentado no direito de desobedecer até mesmo as leis que são justas e que estão de acordo com os interesses da sociedade. Talvez o indivíduo mantenha realmente este grau de autonomia. E provavelmente um indivíduo que escolha agir de forma autônoma da maneira mais informada e inteligente, se racional, vai procurar muitas opiniões antes de tomar uma decisão. Mas há uma diferença entre o que o indivíduo racional faria e o que o Estado deve fazer. Uma limitação do poder do Estado de interferir nas informações disponíveis só faz sentido se o Estado tiver que reconhecer o direito à desobediência civil. O argumento da autonomia é plausível apenas se o Estado puder ser considerado como dizendo algo como "você pode obedecer ou pode pagar a pena, não faz diferença para nós." Mas isso parece estranho. Parece mais razoável sustentar que se uma lei é de fato justa, então o Estado é política e moralmente autorizado a fazer cumprir a conformidade, não apenas cobrar penalidades pela não conformidade.<sup>225</sup>

Para o autor, a conclusão disto não é que não exista autonomia individual ou soberania individual e, sim, que seria anômalo para o Estado reconhecer essa autonomia, pelo menos no que diz respeito às áreas em que o Estado pode validamente regular. Além disso, segundo Schauer, embora a limitação destas informações que possam produzir não conformidade não seja o único meio disponível ao Estado na tentativa de garantir o

222 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 68, 69.

223 Ibidem.

224 Ibidem.

225 Ibidem, p. 69, 70. (TPA).

cumprimento, não há nenhuma razão dada no argumento da autonomia que nos conduz a proibir o Estado de usar esta ferramenta.<sup>226</sup>

Após a exposição de todas as dificuldades do argumento da autonomia, novamente, quando ele está perto de parecer sem valor, Schauer passa a identificar o que, a despeito das suas dificuldades, pode ainda ser útil no argumento da autonomia. Segundo o autor, o argumento da autonomia representa uma contribuição significativa para a teoria da liberdade de expressão, na medida em que, com sua base de direitos naturais, o valor do argumento da autonomia é que é um argumento dirigido ao discurso, ao invés de toda a gama de interesses que pode, com alguma plausibilidade mínima, ser designada como “individual”.<sup>227</sup>

Schauer destaca também que o argumento da autonomia enfatiza os motivos daqueles que suprimem argumentos e não os motivos daqueles que suprimem a individualidade. Nesse contexto, o argumento da autonomia é um argumento para a liberdade de comunicação em um sentido limitado, e essa é para Schauer a sua maior força. Como um argumento pela liberdade de expressão, em vez de apenas uma aplicação particularizada de um argumento para a liberdade em um sentido amplo e abstrato, o autor frisa que o argumento da autonomia emprega princípios amplamente liberais para abordar especificamente o problema da liberdade de expressão.<sup>228</sup>

Com efeito, o autor reconhece que os fundamentos de direitos naturais do argumento da autonomia não são universalmente atraentes. Mas mesmo por uma perspectiva positivista ou utilitarista, Schauer entende que o argumento da autonomia é importante porque enfatiza a liberdade de expressão como um princípio embasado em uma linha de demarcação entre o indivíduo e o governo. Embora essa linha possa não ser reta, distinta ou fácil de localizar, o autor frisa que, mesmo assim, ela representa uma divisão. Ao confiar nesta separação entre o indivíduo e a organização do governo, Schauer conclui ainda que o argumento da autonomia compartilha inúmeras características com os aspectos mais valiosos do argumento da verdade e do argumento da democracia, indicando que os valores representados pelos vários argumentos para a liberdade de expressão têm mais em comum do que as formulações originais desses argumentos possam ter sugerido.<sup>229</sup>

## 2.7 O ARGUMENTO DO DESAFIO INTELECTUAL

---

226 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 70, 71.

227 Ibidem, p. 71.

228 Ibidem.

229 Ibidem, p. 71, 72.

Quanto ao argumento do desafio intelectual, Schauer parte inicialmente da ideia de que poderíamos em tese considerar uma proposição comprovadamente falsa como sem valor e, portanto, sem direito a qualquer audiência. Em contrapartida, segundo Schauer, os defensores do argumento do desafio intelectual entendem que a negativa de valor à falsidade representa uma lógica superficial, diante dos valiosos subprodutos de declarações falsas.<sup>230</sup>

O autor recorda que na *Areopagitica*<sup>231</sup>, Milton argumentou que a consciência do erro é necessária para a “confirmação da verdade”, e que a verdade será mais saudável quando forçada a encontrar e vencer seus oponentes. E na terceira parte do argumento de Mill para a liberdade de pensamento e discussão, Schauer expõe que a afirmação é que se as pessoas não conseguem entender por que a opinião verdadeira é verdadeira e a falsa opinião falsa, elas adquirirão conhecimento por mera repetição, e não compreenderão a verdade “real”. Se isso prosseguir, o autor relata que para Mill a verdade se transformará em um “dogma morto”, sem o poder de sobreviver a novos ataques, já que somente pela luta contínua contra o erro a verdade é legitimamente aceita.<sup>232</sup>

Considerando que o que distingue o conhecimento da superstição é a compreensão e aceitação da verdade, o autor observa que, na perspectiva desse argumento, deve-se permitir que a falsidade circule a fim de dar à verdade a força com a qual perseverar. Ele afirma que Mill estava preocupado também com os benefícios para o indivíduo de passar pelo exercício mental de justificar a verdade e rejeitar a falsidade, um exercício que não poderia ocorrer sem alguma falsidade para rejeitar.<sup>233</sup>

De acordo com Schauer, o argumento considera a falsa doutrina como um ginásio de exercícios intelectuais para produzir mentes mais fortes. A questão para ele é que o argumento tem como premissa uma visão otimista de como as pessoas reagem à falsidade e, conforme qualquer versão racionalista forte do argumento da verdade, o argumento do exercício intelectual supõe que as pessoas têm a capacidade de rejeitar a falsidade consistentemente, e o farão quando a falsidade for encontrada. Segundo Schauer, da mesma forma como acontece com o argumento da verdade, infelizmente, a falsidade costuma ser mais atraente para muitas pessoas do que a verdade, especialmente quando aceitar a falsidade exige menos esforço do que identificar a verdade. Para o autor, há uma lição valiosa aqui na metáfora do caminho de menor resistência. Ele destaca que o argumento do exercício intelectual tem como premissa o

230 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 73, 74.

231 MILTON. *Areopagitica*, 1918.

232 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 74.

233 Ibidem.

valor do desafio, mas esse valor é ilusório se for descoberto que pontos de vista falsos são aceitos, razão pela qual o argumento do desafio intelectual sofre, portanto, dos mesmos problemas que o argumento da verdade.<sup>234</sup>

Ao final, Schauer conclui que os benefícios do desafio devem ser pesados contra os danos que resultariam da aceitação do erro e, como em muitos casos o dano esperado pode superar o benefício esperado, o argumento do desafio intelectual fornece, de acordo com o entendimento do autor, uma justificativa não mais forte do que aquela fornecida pelo argumento da verdade.<sup>235</sup>

## 2.8 O ARGUMENTO DA CONTRAPRODUTIVIDADE DA SUPRESSÃO

Outro argumento que deve ser analisado enquanto possível fundamento para o Princípio da Liberdade de Expressão é o argumento da contraproductividade da supressão. Conforme observa Schauer, alguns argumentam que a supressão é contraproducente, não servindo aos objetivos que dão origem ao desejo de suprimir. Partindo da premissa de que muitos atos de supressão são baseados no desejo de promover crenças verdadeiras e eliminar as falsas, Schauer esclarece que a censura, nesse contexto, é uma tentativa de promover a visão recebida e extinguir sua negação, censura esta que tem também a presunção de que será eficaz, ou seja, que quanto à opinião suprimida, esta opinião será menos aceita depois da supressão do que antes.<sup>236</sup>

Segundo o autor, é essa presunção que tem sido frequentemente contestada pelo argumento de que o ato de supressão é frequentemente pelo menos tão provável de promover a aceitação da visão errônea quanto de promover sua rejeição. Schauer aponta que uma possível resposta é que, ao levá-los a sério, ou seja, ao nos preocuparmos em suprimi-los, reconhecemos que eles têm força e popularidade suficientes para constituir um perigo. Ao admitirmos a força da sua presença, Schauer afirma que proporcionamos ao ato de expressão censurado uma aura de respeitabilidade e, conseqüentemente, aumentamos a probabilidade de sua conquista de novos adeptos. O autor frisa que é mais provável que as pessoas fiquem do lado de um grande grupo com opiniões extremistas do que de uma voz solitária clamando no deserto, já que ainda há segurança nos números.<sup>237</sup>

Para Schauer, mesmo sem essa suspeita, as pessoas são naturalmente curiosas, citando como exemplo a hipótese de que se o médico a instruir a não remover o curativo por três semanas, ela provavelmente desobedeceria e espiaria antes de dez dias. Assim,

234 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 74.

235 Ibidem, p. 75.

236 Ibidem.

237 Ibidem, p. 76.

o autor afirma que as pessoas têm a mesma probabilidade de ficar curiosas sobre as opiniões que não podem ouvir, talvez a ponto de ficarem substancialmente mais interessadas ou suscetíveis à persuasão do que se a opinião não fosse suprimida.<sup>238</sup>

Além dessa curiosidade natural, Schauer observa que as pessoas tendem a suspeitar dos motivos de um governo supressor, fazendo com que seja provável que sintam que aquilo que lhes é ocultado possa ser verdade pelo próprio fato de que lhes é ocultado. Ele imagina e hipotetiza as pessoas se perguntando a respeito do por que não podem ouvir isso e, por conseguinte, se talvez não haja algo nisso afinal. Assim, ele entende que, de fato, parece haver algo na hipótese de que a supressão raramente é completamente eficaz e pondera ainda que a observação de Maquiavel em *O Príncipe* de que os inimigos devem ser acariciados ou totalmente aniquilados pareceria especialmente adequada aqui.<sup>239</sup>

Além de se basear em algumas suposições comportamentais questionáveis, Schauer destaca ainda que o argumento de que a supressão é contraproducente tem aplicação limitada, tendo em vista que pressupõe que o objetivo da supressão é impedir que as pessoas acreditem na opinião errônea. Para o autor, embora esse seja realmente o objetivo de muitos atos de supressão, existem outros objetivos também e quando o dano ao qual a supressão é dirigida não é a possibilidade de que a visão suprimida seja aceita, mas sim algum resultado mais direto de uma instância particular de expressão. Schauer conclui, então, que o argumento é inútil.<sup>240</sup>

Nesse sentido, Schauer cita como exemplo o que foi defendido nos Estados Unidos de que o Partido Nazista Americano deveria ser impedido de marchar em áreas com populações judaicas concentradas porque esses judeus ficariam ofendidos, possivelmente a ponto de adoecerem, ao ver, ouvir ou mesmo saber sobre a marcha. O autor ressalta que nessa situação, é improvável que o ato de repressão faria com que os judeus americanos, ou outros, fossem mais receptivos às opiniões do Partido Nazista Americano. Como o objetivo principal da supressão neste caso não seria o medo de que as opiniões dos nazistas fossem aceitas, o autor frisa que aqui não poderia haver sugestão de que o Estado estava ocultando uma discussão e, consequentemente, não haveria ocasião especial para curiosidade ou suspeita, tornando o argumento da contraproduzitividade inaplicável. Com efeito, Schauer reconhece que podem existir outros argumentos para permitir a marcha, mas o argumento de que a supressão seria contraproducente não parece ser um deles.<sup>241</sup>

238 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 76.

239 Ibidem, p. 76, 77.

240 Ibidem, p. 77, 78.

241. Ibidem, p. 77,



## 2.9 O ARGUMENTO DA FORÇA

Schauer inicia a reflexão a respeito do argumento da força reconhecendo que, como um ideal, uma decisão obtida pela razão, a discussão e o argumento terá mais probabilidade de produzir resultados satisfatórios e terá menos efeitos colaterais desagradáveis, como mortes ou desmembramentos, do que uma decisão obtida pela força das armas. Partindo desse pressuposto, ele observa que é plausível argumentar, como se faz dentro do argumento da força, que a supressão é uma política imprudente porque aumenta a probabilidade de que o uso inicial ou a ameaça da força - o ato de supressão - produzirá mais tentativas de meios forçados de tomar decisões.<sup>242</sup>

Segundo o autor, esse argumento não se baseia na existência real de um estado ideal de deliberação racional, mas na crença de que a supressão promoverá a irracionalidade e o uso da força, e que a liberdade de argumentação e discussão promoverá uma deliberação calma e racional. Mais especificamente, o autor destaca que esse argumento foi apresentado como parte de uma teoria mais ampla das vantagens da mudança pacífica, sendo a própria mudança pacífica uma meta tão desejável que, para muitos, incluindo Popper<sup>243</sup>, a capacidade de uma sociedade de permitir mudanças pacíficas é uma característica definidora do conceito de governo democrático. Dentro desse ideal, Schauer aponta que é possível ver a liberdade de expressão como uma forma de substituir a força pela persuasão lógica.<sup>244</sup>

A ideia principal do argumento da força relatado por Schauer é que se as pessoas tiverem a oportunidade de debater todas as questões, então, elas estarão mais propensas a confiar nesse processo e menos propensas a recorrer à violência. Por outro lado, adverte o argumento exposto por Schauer, se houver uma proibição de crítica à política oficial, então aqueles que se opõem fortemente à política oficial serão mais propensos à violência, porque eles verão a violência como a melhor maneira de atingir seu objetivo.<sup>245</sup>

Sob essa visão, o autor expõe que a liberdade de expressão produzirá mais estabilidade e menos violência de duas maneiras:

Primeiro, as pessoas podem confiar mais em um governo que está disposto a ouvir e considerar uma ampla gama de argumentos. Mas se elas virem o governo como irracional, arbitrário ou fechado, então a fé no governo em geral e nos

242 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 78.

243 POPPER. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**, 1974.

244 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 78.

245 Ibidem, p. 78, 79.

líderes governamentais em particular diminuirá, e o respeito pelo Estado de Direito diminuirá proporcionalmente. Em segundo lugar, os indivíduos que têm a oportunidade de se opor à política governamental durante e após o processo de sua transformação em lei provavelmente sentirão que participaram do processo de elaboração de leis e podem, portanto, estar mais inclinados a obedecer até mesmo aquelas leis com as quais discordam. Este é o argumento da "legitimação" que discuti no contexto do argumento da democracia.<sup>246</sup>

Além disso, para Schauer, podemos olhar para essa questão não apenas da perspectiva do indivíduo, mas também da perspectiva do governo. O autor ressalta que a liberdade de contestar pode oferecer vantagens ao governo ao fornecer um método imperfeito, mas barato, de testar determinadas políticas governamentais. Isso porque, segundo ele, na medida em que as políticas podem ser avaliadas, contestadas e criticadas antes de serem colocadas em prática, algum erro na política pode ser exposto sem os custos de realmente implementar a política proposta.<sup>247</sup>

Schauer destaca que, em algumas versões, o argumento é conhecido como o argumento da "válvula de segurança" ou da "catarse", por meio da ideia de que sempre haverá em uma sociedade aqueles que se opõem tão fortemente à política governamental que estarão inclinados a atos violentos, a menos que deixemos que eles "extravasem" objetando, por mais veementemente que seja, em palavras. Caso contrário, o argumento relatado por Schauer prossegue, eles estarão inclinados a se opor violentamente com armas ou bombas. Schauer explica ainda que o argumento é paralelo a um ouvido frequentemente em referência às Nações Unidas, o qual ele parafraseia da seguinte forma: *"sim, as Nações Unidas são uma organização ineficaz, mas é melhor ter pessoas gritando umas com as outras em Nova York do que atirando em algum outro lugar."*<sup>248</sup>

De acordo com o autor, o ponto fraco do argumento da necessidade de extravasar é que ele também se entrega a algumas especulações comportamentais questionáveis, ao assumir que mais argumentos produzirão menos violência, como se a cada ser humano fosse concedido um *quantum* fixo de energia antigovernamental e, se parte da cota for usada para argumentação, supostamente sobraria menos para a violência. Para Schauer, essa não é a única teoria possível, sendo igualmente plausível sugerir que a discordância e a discussão aumentariam a raiva e, conseqüentemente, aumentariam também a possibilidade de violência.<sup>249</sup>

A despeito dessa possibilidade, Schauer reconhece que embora ele não tenha nenhuma evidência empírica forte para apoiar nenhuma das proposições, intuitivamente,

246 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 79. (TPA).

247 Ibidem.

248 Ibidem, p. 79, 80.

249 Ibidem.

ainda tem simpatia pelo argumento da catarse, eis que rebeliões violentas e desobediência civil parecem muitas vezes o resultado de frustração. Assim, para ele, se houver um senso de participação, um sentimento de que alguém está ouvindo, uma crença de que ainda há uma chance de mudar as coisas apenas com palavras, então, é provável que haja menos frustração. Schauer conclui afirmando que a liberdade de desafiar a autoridade com palavras não será totalmente eficaz para desarmar a violência, em parte porque as palavras nem sempre são eficazes, mas mesmo que a liberdade de criticar produza apenas um pouco mais de razão e um pouco menos de força, ainda há, para ele, muito a ser dito a respeito.<sup>250</sup>

## 2.10 O ARGUMENTO DO DANO MENOS GRAVE

O principal modo de tentar responder à pergunta de se existe um Princípio da Liberdade de Expressão distinto de princípios gerais de liberdades que Schauer utiliza e que vimos até agora é justamente por meio da análise dos vários argumentos que embasariam este princípio hipotético, como o argumento da verdade, da democracia, da autonomia e etc. Mas o autor também tenta responder à essa pergunta por meio da indagação de se os danos causados pela liberdade de expressão seriam ou não menores em grau do que outros danos, ou se seriam ou não mediados de forma diferente de outros danos.<sup>251</sup>

Schauer inicia a reflexão a respeito do argumento do dano menos grave recordando que, no capítulo 1 de *Sobre a Liberdade*<sup>252</sup>, Mill argumenta notoriamente que o poder do Estado de controlar a liberdade do indivíduo é limitado aos casos em que essa liberdade é exercida para causar dano a outros indivíduos. Em contrapartida, Schauer afirma que, para Mill, nesse capítulo, as ações que dizem respeito a si mesmas - e, assim, não produzem danos no sentido relevante - estão além da jurisdição do poder governamental moralmente legítimo. No entanto, o autor aponta que Mill não foi tão ingênuo a ponto de deixar de reconhecer que a expressão é tipicamente um ato instrumental e não um ato em si mesmo e, além disso, que o caráter instrumental da expressão cria nela a capacidade de causar dano aos outros. Consequentemente, Schauer explica que, embora os argumentos no capítulo 1 digam pouco sobre a expressão - o que Mill chamou de "discussão" -, no capítulo 2 Schauer relata que vemos um argumento substancialmente distinto quanto ao motivo pelo qual as virtudes positivas da expressão -

250 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 79, 80.

251 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993, p. 635.

252 MILL. **Sobre a liberdade**, 2011.

virtudes epistêmicas que nos permitem fazer progressos em direção à aceitação da verdade e à identificação e a rejeição do erro - exigem que protejamos a expressão da opinião. Para o autor, no capítulo 2 vemos que estas virtudes positivas da expressão exigem proteção não porque essa expressão seja inofensiva, mas apesar do dano que ela pode causar.<sup>253</sup>

Daí podemos extrair que, desde Mill, a possibilidade de danos causados pela liberdade de expressão é algo que se tangencia regularmente na análise do Princípio da Liberdade de Expressão. Contudo, permanece o questionamento defendido pelo argumento do dano menos grave ora abordado de se tais danos seriam efetivamente menores aos comparados aos danos causados por outras categorias de ação para, enfim, se legitimar a existência do referido princípio, a partir do argumento do dano menos grave.

De acordo com a hipótese do dano menos grave, Schauer expõe que a classe do ato de expressão deveria ser comparativamente imunizada do controle porque suas consequências são menos prejudiciais do que as consequências de outras formas de conduta, citando como exemplo desse entendimento um clássico da sabedoria popular: *“paus e pedras podem quebrar meus ossos, mas nomes nunca vão me machucar”*<sup>254</sup>.

Para Schauer, a hipótese do dano menos grave não apenas permeia o entendimento popular, mas também persiste na literatura. Nesse sentido, ele observa que um tema consistente sobre - e condição necessária para - o uso da liberdade de expressão para Ronald Dworkin é a alegação de que as consequências da palavra são, em comparação com as consequências da ação, muito mais especulativas. Assim, Schauer ressalta que a hipótese do dano menos grave diz respeito aos danos - ou a falta deles - decorrentes do ato de expressão em si mesmo, e não os danos de sua regulamentação.<sup>255</sup>

O autor frisa ainda que a hipótese do dano menos grave é muitas vezes um componente de vários relatos baseados na autonomia ou outras descrições individualistas da liberdade de expressão, já que a hipótese do dano menos grave é necessária para explicar por que formas não faladas de autoexpressão e autorrealização ou exercícios de autonomia seriam comumente limitados pelo princípio do dano, mas a expressão aparentemente prejudicial não é limitado pelo princípio do dano. E se for o caso que os danos aparentes decorrentes do ato de expressão são menores em grau ou diferentes em tipo, individual ou categorialmente, dos danos que decorrem de outros tipos de conduta, Schauer afirma, então, que o ato de expressão que manifesta a autonomia pode

---

253 SCHAUER. Expression and its Consequences, 2007. p. 708.

254 SCHAUER. The Phenomenology of Speech and Harm, 1993. p. 640.

255 Ibidem.

plausivelmente ser tratado de forma diferente da geral e mais abrangente categoria das condutas autonomamente manifestadas.<sup>256</sup>

Além da associação com argumentos relacionados à autonomia e à autorrealização, Schauer destaca que a hipótese do dano menos grave também opera em conjunto com outros fatores para um princípio da liberdade de expressão. Para ele, embora o valor da liberdade de expressão para fomentar a busca pela verdade, por exemplo, possa ser suficiente para justificar proteção especial, mesmo que a expressão promotora da verdade tenha a mesma probabilidade de ser tanto categorialmente prejudicial como outras formas de conduta, o argumento seria mais forte se esses benefícios especiais fossem conjugados com danos menores.<sup>257</sup>

Segundo o autor, de fato, esta parece ser uma leitura não implausível de Mill, pois se os argumentos explícitos de Mill para o valor da liberdade de pensamento e discussão forem combinados com uma suposição não declarada a respeito do dano menos grave - ainda que não absolutamente nenhum dano - das atividades que compõem o pensamento e a discussão, podemos entender por que a identificação de Mill de um benefício especial forjado pela liberdade de pensamento e de discussão se tornaria uma condição suficiente para sua proteção quase absoluta.<sup>258</sup>

No entanto, embora possa ser efetivamente associada com outros argumentos, Schauer reconhece que, estritamente falando, a hipótese do dano menos grave poderia por si mesma justificar um princípio da liberdade de expressão. Para o autor, tanto para gerar um princípio com uma boa estrutura de proibição de formas de controle que seriam outrora permissíveis, como para gerar uma heurística que ajudasse a identificar por categoria as ações com probabilidade de serem menos prejudiciais, a hipótese do dano menos grave por si só poderia ser suficiente para justificar a conclusão de que os membros da classe do ato de expressão<sup>259</sup> devem estar menos sujeitos ao controle do que os membros da classe das demais condutas<sup>260</sup>

Segundo Schauer, para testar a validade da hipótese do dano menos grave, devemos distinguir entre duas variedades de dano promovido pela liberdade de expressão. O autor entende que a primeira variedade de dano envolve o caso em que um falante (S) diz algo para um ouvinte (H), que como consequência da fala de S faz algo para uma vítima (V). Assim, o autor frisa que pelo menos em alguns casos, o ouvinte de um ato de fala comete um ato que não teria cometido de outra forma senão pelo ato de

256 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993, p. 640, 641.

257 Ibidem, p. 640.

258 Ibidem, p. 641.

259 Novamente, reitera-se que aqui o autor fala em membros da classe *free speech*.

260 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993. p. 641.

fala, e nesses casos o ato de fala é uma condição da causa do ato consequente. Contudo, o autor pondera também que mesmo que alguns atos de fala sejam as condições necessárias para atos prejudiciais subsequentes, é altamente implausível que sejam as condições suficientes para esses atos.<sup>261</sup>

Nesse contexto, o autor destaca essa classe de atos de fala cujos membros são às vezes as condições necessárias, mas raramente as condições suficientes para atos prejudiciais por parte de outros agentes que não o falante, citando como exemplo a venda de uma arma usada pelo comprador para ferir uma terceira pessoa, quando as circunstâncias são tais que sem a arma o ferimento não teria ocorrido. A questão empírica que Schauer ressalta, então, é se a incidência de tais ocorrências dentro da classe dos atos de fala seria suficientemente menor do que a incidência de tais ocorrências dentro da classe das condutas, a ponto de justificar a imunização categorial do controle da classe dos atos de fala, em detrimento do controle da classe dos atos de conduta. De acordo com Schauer, quando colocada dessa forma a hipótese do dano menos grave parece dramaticamente falsa, eis que, para ele, a incidência de tais ocorrências - membros da classe dos atos de fala que são condições necessárias, mas não suficientes para atos de outros - é substancialmente mais alta do que do que os membros da classe de conduta. O autor reconhece que pode estar errado quanto a essa intuição e, assim, enfatiza que se trata de uma questão empírica que pode, pelo menos em teoria, ser realmente investigada. Ainda assim, para ele, o fato de suas intuições apoiarem exatamente o oposto da hipótese do dano menos grave sugere que, com relação ao cenário S-H-V, é improvável que a hipótese do dano menos grave seja verdadeira.<sup>262</sup>

Para Schauer, segue-se a mesma conclusão mesmo que não vejamos isso como uma questão principalmente empírica. O autor afirma que mesmo sem pisar em um terreno empírico difícil, ainda podemos nos perguntar se a conexão S-H neste cenário é não empiricamente diferente de outros casos em que existem causas necessárias, mas não suficientes para os atos prejudiciais de um agente responsável, ocasiões em que, novamente a resposta é tal que questiona a hipótese do dano menos grave. Nesse sentido, o autor recorda que quando o agente final usa uma arma ou álcool fornecido por outros para causar um dano que, se não fosse a arma ou o álcool, não teria sido cometido, a inclinação comum de não responsabilizar o fornecedor da arma ou do álcool baseia-se na intervenção ou mediação por escolha do agente final. Como resultado, no caso da situação de SHV, Schauer entende que mesmo quando baseada em visões sobre a responsabilidade ao invés de propriedades empíricas de atos comunicativos, a hipótese

---

261 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993, p. 642.

262 *Ibidem*, p. 643.

do dano menos grave também parece ser falsa porque a hipótese do dano menos grave também reconhece o mesmo ato de mediação mental que está presente quando não estamos falando sobre a liberdade de expressão. Assim, no contexto em que falar induz um ouvinte a cometer um ato danoso contra um terceiro, Schauer conclui que, seja considerada como uma proposição empírica ou como uma proposição filosófica sobre os fundamentos para a atribuição de responsabilidade, a hipótese do dano menos grave se revela como falsa.<sup>263</sup>

Há também outro cenário que Schauer considera na análise da validade do argumento do dano menos grave, o qual diz respeito aos casos em que S diz algo a V, e o resultado disso é que V tem uma sensação desagradável. Nesse cenário, o autor questiona que análise podemos fazer acerca desse sentimento desagradável, bem como se sentimentos desagradáveis desse tipo, como um insulto racial discriminatório, seriam ou não sistematicamente diferentes em tipo ou em grau do que os sentimentos desagradáveis que H pode sentir quando leva um soco no rosto.<sup>264</sup>

Segundo Schauer, se houver diferenças entre dores físicas e formas não físicas de sofrimento, é possível que as diferenças consistam em alguma combinação de diferenças em permanência, duração e intensidade. Quanto à dimensão da duração, o autor sustenta que a frequência com a qual os insultos e coisas semelhantes permanecem conosco e se intrometem em nossa consciência questiona a proposição de que apenas a duração pode justificar a tese do dano menos grave. Para ele, quase o mesmo pode ser dito sobre a intensidade.<sup>265</sup>

O autor pondera ainda que, embora algumas feridas físicas sejam excruciantes de uma maneira que achamos difícil de imaginar para feridas não físicas, a maioria das feridas físicas fica aquém das feridas excruciantes, como pequenas dores de cabeça que frequentemente tiramos da mente, garganta inflamada e dores nas costas, pelo menos por um tempo. Com efeito, Schauer destaca que embora seja impossível defender a alegação de que nenhuma dor física é maior do que qualquer dor não física, seu ponto é apenas que parece igualmente difícil defender a alegação de que a dor não física é maior do que qualquer dano físico. E da mesma forma como alguns insultos são devastadores e outros triviais, para o autor, fica difícil fundamentar um princípio forte na proposição de que as feridas físicas sejam sistematicamente maiores do que as feridas que dependem mais da mente e menos das terminações nervosas.<sup>266</sup>

---

263 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993, p. 645.

264 Ibidem, p. 646, 647.

265 Ibidem, p. 648, 649.

266 Ibidem.

No tocante ao argumento do dano menos grave e a distinção entre os danos causados por atos de fala ou danos causados por condutas, Schauer acrescenta ainda que, embora expressa de várias maneiras por diferentes teóricos, a distinção de Judith Thomson entre angústias mediadas por crenças e angústias não mediadas por crenças é exemplar nesse contexto. Segundo Schauer, ela distingue entre angústias mediadas por crenças, como inveja, vergonha, culpa e decepção, e angústias não mediadas por crenças, como dor, náusea e a sensação que temos ao ouvir o rangido do giz no quadro-negro, e então conclui que apenas as últimas dão origem a uma reclamação da vítima contra o causador intencional da angústia. Quanto às primeiras, o autor relata que ela se apoia fortemente no fato de que, embora algumas angústias mediadas por crenças sejam racionais, permanece o caso de que a vítima pode decidir "se desviar" dessa angústia, com a capacidade de fazer isto - exercida ou não - servindo para transferir a responsabilidade por não fazer isto do causador para a vítima.<sup>267</sup>

No entanto, para Schauer, a fenomenologia é complicada. O autor afirma que talvez até seja eventualmente mais possível nos protegermos contra a angústia de ser um alvo de um insulto racial do que contra a dor física não excruciante, mas ele não tem certeza disso. Para o autor, se grande parte da dor consiste no conhecimento sobre a atitude do falante para com o ouvinte que o insulto revela, ou no conhecimento sobre um clima racial predominante que o insulto revela, então, a possibilidade de decidir não se afetar parece mais difícil.<sup>268</sup>

Além disso, o autor destaca que mesmo que seja possível diminuir uma angústia mediada por crenças ao ter crenças diferentes, essa possibilidade não é um fenômeno de curto prazo. Schauer ressalta que as crenças não podem ser ligadas e desligadas à vontade, e mesmo que a angústia que é sentida ao ser alvo de um insulto seja dependente de uma crença que poderia ser diferente e mudada, isso não diminui a angústia então sentida. Como resultado, para o autor, a relevância de um sofrimento ser mediado por crenças não é que o sofrimento seja menor, mas que o sofrimento poderia ser eliminado se a vítima tivesse um conjunto diferente de crenças e, então, a questão é determinar quão fácil é mudar uma crença.<sup>269</sup>

De acordo com Schauer, podemos evitar a dor de pisar em um prego nunca saindo sem sapatos de sola de aço, a dor de uma dor de cabeça tomando pílulas para dormir durante o período de aflição e a dor de ouvir o rangido do giz no quadro-negro usando protetores de ouvido sempre que entramos em uma sala de aula. Para o autor,

---

267 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993. p. 649.

268 Ibidem, p. 650.

269 Ibidem.



como é frequentemente o caso, a simples palavra “pode” muitas vezes mascara uma determinação normativa de quais precauções seria “razoável” esperar que alguém tomasse, ou quais alternativas seria razoável esperar que alguém evitasse. Consequentemente, segundo o autor, ver o sofrimento mediado por crenças como teoricamente evitável não pode ser baseado na visão de que os sofrimentos não mediados por crença são inevitáveis, enquanto sofrimentos mediados por crenças são evitáveis, mas, sim, em uma visão sobre a razoabilidade comparativa de esperar que uma pessoa altere suas crenças e se proteja contra angústias físicas. No entanto, Schauer destaca que agora a própria questão está embutida na palavra “razoável”, e nenhuma concepção antecedente e valorativa de uma forma de sofrimento sendo mais facilmente evitável do que outras pode fazer o trabalho que Thomson parece esperar que essa distinção faça.<sup>270</sup>

Portanto, no que diz respeito ao argumento do dano menos grave, o autor conclui que tratar a angústia mediada por crenças como um argumento para a hipótese do dano menos grave tem como premissa uma noção prescritiva em vez de descritiva do que deve ser considerado um dano. Ele destaca que o sofrimento não mediado por crenças, por mais real que seja a distinção, não é uma razão para tratar o ato de expressão de maneira diferente, mas sim a consequência de uma decisão anterior de tratar o ato de expressão de maneira diferente, o que resultaria na falsidade da hipótese do dano menos grave. Nessa altura, Schauer recorda que, se houver um princípio da liberdade de expressão, uma consequência será que uma série de angústias e resultados negativos produzidos pela categoria relevante dos atos de fala serão considerados como não tendo causado danos no sentido legalmente compensável, mas o autor destaca que isso é muito diferente de dizer, pré-teoricamente, que é uma característica destes atos que eles sejam uma categoria menos nociva.<sup>271</sup>

Entretanto, Schauer frisa que as consequências de rejeitar a hipótese do dano menos grave são menores do que parecem à primeira vista, eis que a hipótese do dano menos grave não é uma condição necessária para a ausência de controle da liberdade de expressão. Ademais, o autor ressalta que rejeitar a hipótese do dano menos grave também é consistente com a aceitação do fato de que as noções liberais modernas de responsabilidade e de um Estado limitado são tais que uma proporção muito grande de atos prejudiciais não são considerados objetos apropriados de controle oficial, fazendo com que, mesmo com a hipótese do dano menos grave rejeitada, os princípios de liberdade geralmente aplicáveis servirão para imunizar a maioria dos atos de fala do

---

270 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993. p. 651.

271 *Ibidem*, p. 652, 653.

âmbito do controle legítimo. A consequência da rejeição da hipótese do dano menos grave para o autor é que essa rejeição coloca mais pressão sobre os argumentos positivos para um princípio da liberdade de expressão.<sup>272</sup>

## 2.11 O ARGUMENTO DA IMPLICAÇÃO NEGATIVA

Conforme explica Schauer, a maioria dos direitos pode ser justificada de uma forma positiva ou negativa. Quando fornecemos uma justificativa positiva para um direito, o autor expõe que oferecemos razões pelas quais a atividade coberta por esse direito específico é especialmente valiosa e, portanto, merecedora de proteção especial. Por outro lado, de acordo com Schauer, o processo de oferecer uma justificativa negativa é um pouco diferente, eis que nele não nos concentramos no valor especial da atividade coberta pelo direito, mas sim nos perigos especiais de tratar essa atividade da mesma forma que tratamos outras atividades. Ele afirma que uma justificativa negativa concentra-se nos perigos especiais da regulamentação, ao invés do lugar especial que a atividade particular ocupa dentro do reino de todas as atividades, de forma que o argumento é negativo no sentido de que destaca os males ao invés dos bens.<sup>273</sup>

No que diz respeito a essa distinção entre teorias positivas e negativas, Schauer reconhece que a maioria das justificativas para reconhecer um Princípio da Liberdade de Expressão e que foram discutidas acima foi positiva, já que tentaram identificar alguma maneira pela qual a expressão é particularmente valiosa, em comparação com outras formas de conduta que possam eventualmente reivindicar imunidade especial em relação aos princípios gerais da ação governamental. Especificamente a respeito da liberdade de expressão, o autor entende que também é possível oferecer uma justificativa negativa para este princípio hipotético, no sentido de que mesmo que não haja nada de especialmente bom no ato de expressão em comparação com outras condutas, o Estado pode ter menos capacidade de regular a expressão do que outras formas de conduta, ou ainda, a tentativa de regular a expressão pode acarretar danos especiais ou perigos especiais não presentes no regulamento de outras condutas. Se este for o caso, ou seja, se a regulamentação da liberdade de expressão for menos eficiente ou mais provável de produzir efeitos colaterais desagradáveis do que a regulação de outras formas de conduta, o autor frisa que um Princípio da Liberdade de Expressão surgirá por implicação negativa.<sup>274</sup>

---

272 SCHAUER. *The Phenomenology of Speech and Harm*, 1993, p. 652, 653.

273 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 80.

274 Ibidem, p. 81.

Schauer explica que tal posição está relacionada aos argumentos de Lawrence Alexander e Paul Horton<sup>275</sup> que admitem que nenhuma propriedade da classe do ato de expressão o torna especialmente menos consequente do que outras formas de conduta humana e que nenhuma propriedade da classe do ato de expressão o torna especialmente mais benéfico do que outras formas de conduta humana, mas sustentam, apesar disso, que as propriedades intrínsecas da classe do ato de expressão o tornam particularmente passível de controle por aqueles que estão no poder. Consequentemente, o autor expõe que a posição destes autores mantém que um princípio da liberdade de expressão dá proteção especial à expressão, não para garantir que ela receba mais proteção do que outras classes de conduta igualmente valiosas e igualmente importantes, mas apenas para garantir que não receba menos.<sup>276</sup>

Além disso, quanto ao argumento da implicação negativa, Schauer aponta:

Ao longo da história, o processo de regulamentação da liberdade de expressão tem sido marcado com o que agora vemos como erros bastante simples. Seja a condenação de Galileu, a perseguição religiosa nos séculos dezesseis e dezessete, a extensa história de perseguição por visões sediciosas daqueles agora considerados como patriotas, ou a proibição de numerosas obras de arte reconhecidamente grandes porque alguém as considerou obscenas, atos de supressão que foram provados errôneos parecem representar uma desproporcional porcentagem dos erros governamentais do passado. Exemplos semelhantes dos tempos contemporâneos são dificilmente mais difíceis de localizar. A experiência mostra que os governos são particularmente ruins em censura e que são menos capazes de regulamentar a expressão do que outras formas de conduta. Estas intuições superficiais inspiram a busca por uma razão mais profunda.<sup>277</sup>

Se essa razão existir, de acordo com o autor, ela estaria, assim como os outros argumentos discutidos anteriormente, baseada em algum aspecto psicológico do processo de regulamentação da liberdade de expressão que o torne particularmente ineficiente. Schauer levanta que uma razão pode ser o preconceito ou o interesse próprio daqueles a quem foi confiada a tarefa de regular a palavra, já que, por exemplo, a regulamentação da liberdade de expressão com base na interferência com o governo, como por traição, sedição e assim por diante, é confiada às mesmas pessoas que, como funcionários governamentais, têm mais a perder com argumentos contra sua autoridade. Para Schauer, razões de poder, prestígio, missão ou dinheiro inspiram nas pessoas o desejo de alcançar um cargo governamental, e essas mesmas razões também inspiram

275 ALEXANDER; Lawrence; HORTON, Paul. The Impossibility of a Free Speech Principle, **Northwestern University Law Review**, Evanston, vol. 78, p. 1319-1357, 1983.

276 SCHAUER. The Phenomenology of Speech and Harm, 1993. p. 639.

277 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 81. (TPA).

nelas o desejo de manter esses cargos. O autor destaca, então, que qualquer sistema de regulamentação do ato de expressão político coloca no controle aqueles que têm mais a perder com as atividades que estão regulando.<sup>278</sup>

Ademais, o autor ressalta que ocasionalmente é sugerido que existe nas pessoas um desejo de unanimidade, um desejo de suprimir aquilo de que possam discordar, mesmo que não pareça haver dano a essa expressão, sendo o juiz Holmes alguém que para Schauer é freqüentemente citado nesse ponto. Com efeito, o autor entende que a perseguição pela expressão de opiniões parece ser perfeitamente lógica, eis que, se o sujeito não tem dúvidas sobre suas premissas ou seu poder e deseja um determinado resultado de todo o coração, naturalmente expressa seus desejos na lei e varre toda oposição. Para o autor, permitir a oposição pela liberdade de expressão pode parecer indicar que o sujeito pensa que a expressão é impotente, que não se preocupa de todo o coração com o resultado, ou que duvida de seu poder ou de suas premissas. Assim, segundo Schauer, esse desejo de suprimir, isto é, esse anseio por um consenso, pode ser mais forte com relação ao ato de expressão do que com relação a outras formas de conduta.<sup>279</sup>

Nesse contexto, Schauer ressalta que o ato de expressão pode ser diferente, em razão da consequência de que o desejo de impor a unanimidade pode ser mais forte com relação ao ato de expressão. E se algumas dessas conjecturas estão corretas, ou seja, se o impulso de fazer a liberdade de expressão se conformar é especialmente grande e se o impulso para a intolerância é maior com relação ao ato de expressão do que com relação a outras ações, o autor conclui, então, que o poder de suprimir pode ser superutilizado quando esse poder está disponível. Por isso, para o autor, se houver esse desejo especial de suprimir, um Princípio da Liberdade de Expressão pode ser necessário apenas para conter a tendência de regulamentação excessiva.<sup>280</sup>

Outro formato do argumento da implicação negativa relatado por Schauer parte da premissa de que as distinções necessárias em qualquer forma de regulamentação governamental podem ser mais difíceis de traçar quando é a expressão, e não outras formas de conduta, que é o objeto da regulamentação. Nesse formato, o autor aponta como prevalecentes hipóteses como os argumentos da “ladeira escorregadia” e de “onde desenhamos a linha?”, os quais, segundo ele, podem também ter relevância especial no que diz respeito à regulamentação da liberdade de expressão.<sup>281</sup>

---

278 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 81, 82.

279 Ibidem, p. 82.

280 Ibidem, p. 83.

281 Ibidem.

Para Schauer, as alegações da categoria da ladeira escorregadia podem ser divididas em dois principais tipos diferentes, ambos os quais têm relevância particular para a questão da liberdade de expressão. O primeiro tipo de argumento da ladeira escorregadia relatado por Schauer, ou a primeira fonte de um efeito da ladeira escorregadia, é o fenômeno da imprecisão conceitual, ou, mais precisamente, da superinclusão linguística. O autor pede para supormos que x é aquilo que pode ser regulado e que y é aquilo que, embora não possa ser regulado de forma permissível, é, não obstante, a fonte do nosso medo de escorregar. Nesse sentido, ele afirma que os efeitos da superinclusão linguística na esteira do argumento da ladeira escorregadia ocorrem quando o termo que usamos para descrever x também pode incluir y, tendo em vista que, segundo ele, é bem possível que a infinita variedade de expressões linguísticas e pictóricas torne impossível, dadas as ferramentas atuais de nossa linguagem, especificar com precisão os enunciados que devem ser proibidos. Assim, para Schauer, se nossa linguagem descritiva sobre o ato de expressão é menos refinada ou menos precisa do que nossa linguagem descritiva sobre outras formas de conduta - e isso para ele não parece de forma alguma uma hipótese implausível - então qualquer regra reguladora pode ser particularmente vulnerável ao vício da superinclusão linguística. E, se for assim, o autor conclui, então, que há alguma validade na afirmação de que os medos da ladeira escorregadia são mais bem fundamentados quando dizem respeito à regulamentação da liberdade de expressão do que a outras formas de conduta, fazendo com que tal conclusão apoie o reconhecimento de um Princípio da Liberdade de Expressão apenas para neutralizar a tendência escorregadia especial desse declive em particular.<sup>282</sup>

De acordo com o autor, o segundo tipo de alegação do argumento da ladeira escorregadia é o que pode ser caracterizado como o fenômeno da capacidade limitada de aprendizagem. Essa segunda categoria, na forma relatada por Schauer, entende que os seres humanos têm apenas um limite de espaço mental e que há um limite prático para a complexidade dos conceitos que podemos esperar que as pessoas entendam. Tal categoria exposta pelo autor parte da premissa de que, embora possa ser possível para um grupo de advogados, filósofos ou qualquer outro formular um código cuidadosamente delimitado e altamente complexo que regule tudo o que pode ser regulado e nada que não possa, pode muito bem ser impossível ensinar este código a todos os juízes, jurados, promotores e administradores que fazem parte do processo de regulamentação. Conforme explica Schauer, um código, ou uma definição do objeto de regulamentação, pode apenas ser tão complexo quanto o entendimento do membro menos ensinável da

282 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 84.

cadeia de aplicação. Ele afirma ainda que é um fato da vida que certos códigos muito complexos se rompem porque as pessoas comuns não conseguem guardar todas as distinções, advertências e exceções em suas cabeças.<sup>283</sup>

Ao contrário do caso da superinclusão linguística, Schauer frisa que nessa segunda categoria do argumento da ladeira escorregadia assumimos que é possível, em teoria, formular uma definição precisa, mas se essa definição requer para sua aplicação a compreensão e internalização de um *corpus* teórico além da capacidade dos administradores, então, cada instância de falta de compreensão aumenta o risco de escorregamento. Assim, o autor finaliza destacando que se, e como parece bastante provável, o desacordo e o desafio são especialmente contraintuitivos, então, o risco de escorregar na ladeira aqui é mais uma vez maior do que o normal, e há novamente justificativa para empregar o argumento da implicação negativa para gerar um Princípio da Liberdade de Expressão que sirva para neutralizar os problemas especiais da capacidade de aprendizagem envolvidos na regulamentação da liberdade de expressão.<sup>284</sup>

Em síntese, após ter explorado os argumentos e os fundamentos para um Princípio da Liberdade de Expressão, em reflexão sobre a complexidade e a variedade dos argumentos, Schauer reconhece, em primeiro lugar, que a natureza divergente dos argumentos reflete, até certo ponto, a conexão frouxa entre todos eles. Schauer reconhece que essa forma de abordagem não foi involuntária. O autor destaca que, embora tenha criticado muitos argumentos, apoiado outros e apresentado alguns dos seus próprios, ele está menos preocupado com conclusões particulares do que com o método geral, pois, para o autor, o que é importante é a exploração dos pressupostos filosóficos, psicológicos e políticos que sustentam qualquer argumento a favor da liberdade de expressão. Para Schauer, demonstrar a necessidade de explorar a essa profundidade é mais importante do que o que qualquer explorador individual, inclusive ele próprio, pode encontrar.<sup>285</sup>

A despeito disso, Schauer reconhece que é possível encontrar alguma consistência nos argumentos que tendem a apoiar um princípio distinto da liberdade de expressão, ainda que ele não considere obrigatório que todos os argumentos para a liberdade de expressão se relacionem intimamente entre si, ou que possam ser destilados em um princípio ou argumento. Para o autor, um dos problemas de tanta teorização sobre

---

283 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 84, 85.

284 Ibidem.

285 Ibidem, p. 85.

a liberdade de expressão é que houve muita destilação e não houve dissecação suficiente.<sup>286</sup>

Nesse sentido, Schauer ressalta que a doutrina da primeira emenda é agora enormemente complexa, consistindo na aplicação seletiva de um grande número de diferentes princípios, padrões e regras que não são passíveis de aplicação fácil ou mecânica. Para ele, apesar dos melhores esforços de alguns comentaristas e legiões de estudantes, não existe um “teste” simples ou unitário para determinar a proteção da primeira emenda, assim como nenhum fluxograma ou teste decisivo pode nos dizer claramente quando a primeira emenda é relevante e quando não é, ou quais princípios da primeira emenda usar e em quais momentos. O autor acrescenta ainda que, mesmo quando decidimos acerca de um princípio aplicável, muitas vezes não temos certeza sobre os resultados que ele recomenda, circunstâncias estas que demonstram que há uma enorme diversidade de atos comunicativos e uma diversidade igualmente grande de justificativas governamentais para restringir estes atos comunicativos.<sup>287</sup>

Tendo em vista a complexidade, sutileza e indeterminação das justificativas, Schauer pondera que parece adequado adicionar ainda mais um fator, qual seja, a presença ou a ausência de uma inspiração pública para as decisões de restringir a comunicação. Segundo o autor, tal inspiração pública sugeriria que as restrições impostas popularmente à comunicação seriam menos problemáticas sob a primeira emenda do que as mesmas restrições seriam se fossem inspiradas por funcionários governamentais e não sujeitos ao controle popular. Schauer aponta como exemplos de inspirações públicas de uma determinada restrição a presença de um veredicto do júri, a presença de uma declaração clara por uma legislatura representativa ou a presença de um referendo popular diretamente sobre a questão.<sup>288</sup>

Para o autor, ao examinar um caso da primeira emenda, deve ser importante que a decisão de impor sanções tenha sido tomada pelo júri e não por um burocrata que não preste contas a ninguém, assim como deve ser importante que uma legislatura tenha tomado uma decisão, e não um policial, ou, que o povo por referendo estivesse diretamente envolvido na decisão. Com efeito, Schauer reconhece que esse fator não deve ser determinante e, assim, a sugestão de que os tribunais levem em consideração a presença de contribuições populares não significa, para ele, dizer nem pedir muito. Mesmo assim, o autor destaca que em uma era de complexidade da primeira emenda é difícil justificar a exclusão de contribuições populares, visto que cada vez mais

---

286 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 85.

287 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 784.

288 Ibidem, p. 784, 785.

dependemos do poder popular para fornecer os fundamentos teóricos para a primeira emenda.<sup>289</sup>

Além do fator adicional da possível inspiração pública da restrição, retornando à multiplicidade de argumentos para a liberdade de expressão, Schauer destaca que, de fato, os argumentos são até certo ponto bastante distintos, eis que podem se aplicar em diferentes circunstâncias e em maneiras conflitantes. O autor não considera isso um fracasso, pois, em seu entendimento, demasiada síntese pode resultar em um princípio tão abstrato que se este tornaria inútil ou trivial, ou em um princípio tão qualificado que dificilmente constituiria um princípio.<sup>290</sup>

Schauer ressalta que a existência de várias justificativas para o princípio da liberdade de expressão indica ainda a possibilidade da existência de vários direitos albergados sob este rótulo. Conforme explica o autor:

A possibilidade de que o direito à liberdade de expressão possa ter várias justificativas convida à consideração de uma questão relacionada, a questão de saber se estamos falando de apenas um direito quando falamos de "liberdade de expressão". Assim, se contemplarmos a gama de questões comumente associadas ao direito à liberdade de expressão, nos encontraremos com uma extensa lista de questões, controvérsias e problemas. Assim, e mesmo à parte das questões sobre a distinção entre políticas e direitos, é comumente pensado, pelo menos na maioria das democracias liberais, que este seja um direito (de alcance indeterminado) dos cidadãos de falar sobre assuntos de importância pública sem medo de punição oficial; um direito de artistas e escritores de criar em detrimento de esforços para suprimir suas criações em razão de ofensividade, indecência ou obscenidade; um direito dos acadêmicos e outros pesquisadores de ensinar, escrever e investigar livre de pressão oficial ou da ortodoxia aceita; um direito das pessoas de não serem forçadas a dizer ou escrever coisas que sejam inconsistentes com suas próprias consciências ou crenças pessoais; e assim por diante. Esta lista não pretende ser exaustiva. Em vez disso, ela ilumina uma questão maior - que o que é comumente resumido como "liberdade de expressão", "liberdade do discurso" ou "liberdade de comunicação" pode ser um rótulo abrangente para o que na verdade são direitos múltiplos.<sup>291</sup>

De acordo com Schauer, apesar das diferenças apontadas, a consistência entre os argumentos apresentados que foram considerados com alguma validade é que eles têm em comum uma ênfase na separação entre indivíduo e governo ou, dito de outro modo, uma demarcação de áreas de autoridade não totalmente congruentes. O autor destaca que a liberdade de expressão é baseada em grande parte na desconfiança da capacidade do governo de fazer as distinções necessárias a respeito da liberdade de expressão, na desconfiança com a determinação governamental da verdade e da

289 SCHAUER. The Role of the People in First Amendment Theory, 1986. p. 784, 785.

290 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 86.

291 SCHAUER. What is Speech? The Question of Coverage, 2021,1 p. 168. (TPA)



falsidade e no poder governamental em um sentido mais geral, além de uma apreciação pela falibilidade dos líderes políticos. Com efeito, o autor reconhece que é possível usar esses argumentos para justificar uma limitação geral do governo, no entanto, para ele, pode ser que o poder do governo de regulamentar a expressão deva, por uma série de razões, ser mais limitado do que seus poderes em outras áreas de governança.<sup>292</sup>

Assim, após a revisão de todos os argumentos apresentados, Schauer destaca que a questão determinante é a de justificativa de uma prática – de repressão, nesse caso –, ou seja, se devemos conceder ao governo o poder de determinar o que deve ser suprimido e o que não deve. Em outras palavras, para o autor, a questão não é se a supressão foi adequada, mas se o exercício da autoridade foi válido, o que para ele são perguntas diferentes que podem às vezes produzir respostas diferentes.<sup>293</sup>

Em conclusão da exposição dos argumentos para um Princípio da Liberdade de Expressão, Schauer diz que pode resumir tudo o que foi dito afirmando que o argumento mais convincente para um Princípio da Liberdade de Expressão é o que pode ser caracterizado como o argumento da incompetência governamental, eis que por várias razões pode ser necessário que o governo esteja mais limitado para lidar com a expressão do que com outras áreas da conduta humana.<sup>294</sup> Para o autor, essa caracterização deve servir como norte para a transição para o restante da exposição da sua visão a respeito da liberdade de expressão, razão pela qual o leitor deve ter em mente tal caracterização ao recompormos, como faremos na sequência, a explicação do

---

292 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 86.

293 Ibidem.

294 A conclusão de Schauer de que o argumento mais convincente para um Princípio da Liberdade de Expressão é um argumento que pode ser caracterizado como argumento da incompetência governamental recebeu críticas notáveis. Para Leitner, como Schauer enfatiza que a liberdade de expressão é um direito apenas contra o governo, o argumento não consegue fornecer participação igual ao discurso sobre importantes decisões públicas delegadas às empresas antes do processo político, ou influenciadas por empresas fora desse processo. Além disso, Leitner destaca que o argumento de Schauer está inserido naquele paradigma libertário individualista dominante, o que torna o Princípio da Liberdade de Expressão menos independente do que Schauer entende que ele é, no sentido de que um argumento focado em várias razões para desconfiar do governo fornece primariamente um caso negativo e não positivo contra a interferência estatal, sendo que apenas um caso positivo poderia apoiar um bem social valorado de forma independente. In: LEITNER, **Liberalism, Separation and Power**, 1985, p. 80-100. David Pannick acrescenta que o defeito do argumento é que ele não escapa à conclusão que Schauer deseja rejeitar de que a liberdade de expressão é um aspecto da liberdade geral e que não há justificativas especiais para permitir a liberdade de expressão quando se proíbe outra conduta de efeito semelhante. In: PANNICK, David, **Free Speech: a Philosophical Enquiry by Frederick Schauer**, 1984, p. 130. Mark Yudof também entende que o argumento da incompetência governamental apresenta inúmeras dificuldades. Dentre elas, o autor aponta a necessidade de prova empírica e relações causais para dar suporte ao argumento, bem como a circunstância de que o argumento seria impersuasivo na ausência de uma justificativa positiva para o princípio da liberdade de expressão. Nesse sentido, o autor questiona porque deveríamos estar preocupados com o viés governamental se a expressão não for importante para o avanço da autonomia individual ou da verdade, por exemplo. Yudof conclui que Schauer falha em reconhecer que uma justificativa poderosa para o princípio da liberdade de expressão requereria que ele conectasse os argumentos da incerteza, da incompetência governamental e da democracia, os quais juntos criariam um racional muito mais forte do que qualquer argumento sozinho. In: YUDOF, **In Search of a Free Speech Principle**, 1984, p. 700, 701.

Princípio da Liberdade de Expressão apresentado por Schauer para, em seguida, discutirmos questões relativas à algumas situações específicas de aplicação do princípio.<sup>295</sup>

---

295 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 86.

### 3 EXPLICAÇÃO E APLICAÇÃO

#### 3.1 A DISTINÇÃO ENTRE COBERTURA E PROTEÇÃO

De acordo com o autor, muitas discussões sobre direitos cometem o lamentável erro de mascarar a importante distinção entre a cobertura de um direito e a proteção de um direito, e a menos que tenhamos clareza sobre essa distinção e da forma como ela se aplica a todos os direitos, não podemos ter clareza sobre direitos específicos, como o direito à liberdade de expressão.<sup>296</sup>

Schauer inicia a reflexão a respeito da distinção entre cobertura e proteção ressaltando que os direitos não são ilimitados em escopo. No que toca especificamente a liberdade de expressão, o autor exemplifica a afirmação recordando que o direito à liberdade de expressão não inclui o “direito” de cometer perjúrio, extorquir, ou ameaçar com lesão corporal, embora todos estes sejam atos de fala. Além disso, frisa o autor que mesmo o direito de criticar funcionários públicos que está geralmente incluído no direito à liberdade de expressão também não terá proteção legal se a afirmação for considerada difamatória e factualmente falsa.<sup>297</sup>

O autor segue com uma analogia com as armaduras. Para Schauer, se estamos usando uma armadura, estamos cobertos pela armadura, o que nos protege contra pedras, mas não contra fogo de artilharia. Mesmo assim, para Schauer, a possibilidade de que sejamos feridos por fogo de artilharia não torna a armadura inútil, pois ainda que ela não nos proteja contra tudo, ainda serve a um propósito, eis que com ela apenas uma força maior nos atinge.<sup>298</sup>

Segundo o autor, o mesmo ocorre com os direitos. Schauer destaca que os direitos abrangem determinadas condutas com a exigência de maior força persuasiva a fim de restringir essa conduta, do que a força que seria exigida caso esse ato não fosse abrangido por um direito. Assim, o autor conclui que quando dizemos que certos atos, ou certa classe de atos, são cobertos por um direito, não estamos necessariamente dizendo que esses atos sempre serão protegidos e, sim, apenas que esses atos têm uma razão especial para terem sido colocados dentro da cobertura desse direito.<sup>299</sup>

Dentro dessa dinâmica de distinção entre cobertura e proteção de um direito, Schauer esclarece que a tarefa inicial que devemos cumprir é a especificação do domínio de comportamento ao qual se aplica a presunção. Para o autor, o comportamento ao qual

<sup>296</sup> SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 89.

<sup>297</sup> Ibidem.

<sup>298</sup> Ibidem.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 89, 90.

uma regra é aplicada é a determinação do seu limite, e essa determinação do limite do escopo é analiticamente distinta da determinação da força - resistência a ser anulada por outras considerações - da regra para o comportamento ao qual se aplica.<sup>300</sup>

Assim, a cobertura está relacionada ao domínio de comportamentos ao qual se aplica a presunção de cobertura, enquanto que a proteção está relacionada ao grau de resistência ou nível de força que este direito terá sobre as razões contrapostas a ele, como por exemplo, as razões de um ato de censura em face de um determinado ato de fala.

Cabe ainda observar que a distinção entre a cobertura e a proteção é uma característica mais fortemente demarcada em jurisdições como os Estados Unidos. De acordo com Schauer:

A distinção entre a cobertura e proteção é mais aparente em jurisdições e contextos nos quais a cobertura por um direito gera explicitamente um grau distinto e elevado de escrutínio, seja judicial ou político, para atos de violação de direitos. E isso talvez seja mais aparente na lei dos Estados Unidos. Na estrutura da lei constitucional dos Estados Unidos, as restrições governamentais à conduta em geral, quando nenhum direito protegido pela constituição está implicado, precisam atender apenas aos requisitos mínimos extraordinários normalmente descritos como "base racional". Esse padrão mínimo de justificativa é aumentado, no entanto, quando a conduta coberta pela proteção da liberdade de expressão da Primeira Emenda está envolvida. Em alguns contextos, o padrão de justificação é tal que o governo deve mostrar um 'perigo claro e presente', em outros um 'interesse convincente', e para outras restrições - como aquelas que lidam com difamação ou obscenidade, por exemplo - ainda outros padrões são aplicáveis.<sup>301</sup>

Esclarecida a distinção teórica entre a cobertura e a proteção de um direito, Schauer segue ponderando que, com efeito, poderíamos desejar estruturar nossos direitos de forma que a proteção fosse sempre absoluta. O autor ressalta que, nessa eventualidade, a decisão sobre a cobertura seria determinante quanto à proteção, pois nenhum motivo de restrição poderia se sobrepor à proteção do direito. No entanto, para ele, não é necessário que a proteção seja absoluta no âmbito do direito, pois enquanto o ônus da justificativa para a restrição for maior dentro da cobertura do direito do que fora dessa cobertura, o direito existe, ainda que não seja absoluto no que diz respeito à sua força.<sup>302</sup>

Schauer pondera ainda que se a nossa discussão sobre direitos fosse puramente descritiva, não teríamos necessidade de fazer a distinção entre cobertura e proteção, na

300 SCHAUER. *Expression and its Consequences*, 2007. p. 710.

301 SCHAUER. *What is Speech? The Question of Coverage*, 2021, p. 169. (TPA).

302 SCHAUER. *Free Speech: a philosophical enquiry*, 1982, p. 90, 91.

medida em que poderíamos simplesmente descrever os limites do direito existente, incorporando nessa descrição todas as exceções e ressalvas existentes. Ocorre que para o autor, na verdade, falamos sobre direitos também em um sentido prescritivo, no sentido de que descrevemos como um determinado direito existe e o que deve ser reconhecido e aplicado a respeito dele no futuro.<sup>303</sup>

O autor acrescenta que se fôssemos oniscientes poderíamos definir um direito limitado em escopo e absoluto em força, ao incorporarmos no limite desse direito todas as exceções e qualificações a serem aplicadas. A dificuldade disso para Schauer é que simplesmente não sabemos quais podem ser todas as exceções e qualificações, sendo que, na falta de onisciência, podemos apenas e na melhor das hipóteses prever o futuro de maneira imperfeita. Dessa forma, o autor ressalta que um direito cuja forma incorpora todas as exceções e qualificações representaria uma ferramenta extremamente rude para lidar com as incertezas do futuro. Em vez disso, para ele, acertadamente obtemos ferramentas mais refinadas para uso futuro quando combinamos uma definição relativamente vaga da cobertura do direito com uma especificação relativamente vaga do peso do direito.<sup>304</sup>

Diante desse cenário, para Schauer, a imprecisão que nós empregamos surge como forma de nos fornecer ferramentas mais refinadas para lidar com as incertezas que existem à margem da indeterminação de qualquer direito, pois se pudéssemos especificar com antecedência o que vai acontecer no futuro e como queremos lidar com essas circunstâncias, não teríamos necessidade de fazer a distinção entre cobertura e proteção. E como não podemos esperar especificar tudo com antecedência, Schauer conclui que adequadamente distinguimos entre cobertura e proteção, a fim de manter a flexibilidade necessária.<sup>305</sup>

Com tais considerações, finalizamos a revisão acerca da distinção teórica básica entre a cobertura e a proteção de um direito e das razões pelas quais a realização dessa distinção é útil dentro do direito. No entanto, cabe ainda esclarecer que, para Schauer, a distinção entre cobertura e proteção sugere também a estrutura e a ordem com as quais podemos esclarecer o conceito da liberdade de expressão, pois, para ele, é necessário primeiro determinar quais atividades são cobertas e, em seguida, determinar como e em que medida essas atividades são protegidas.

Para Schauer, todas as regras - legais ou não - aplicam-se apenas a alguns fatos e apenas em algumas circunstâncias. Mesmo antes de vermos o que uma regra faz,

---

303 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 90, 91.

304 Ibidem.

305 Ibidem.

segundo o autor, devemos fazer a determinação inicial de se ela é aplicável - se estamos dentro de seu escopo de operação. O autor destaca ainda que questões sobre os limites da Primeira Emenda não são questões de força - o grau de proteção que a Primeira Emenda oferece -, mas sim questões de escopo, ou seja, se a Primeira Emenda se aplica em primeiro lugar.<sup>306</sup>

Assim, a pesquisa aqui caminha para a definição da questão da cobertura, ocasião em que Schauer reflete sobre quais são as atividades que devem estar abrangidas pelo conceito da liberdade de expressão. No decorrer do trabalho já sugerimos, em conformidade com o pensamento do autor, que não é possível equivaler a liberdade de expressão ao sentido ordinário da palavra, evidenciando que uma análise mais aprofundada nesse momento é imperativa.

Quanto à impossibilidade de associar a liberdade de expressão ao seu uso comum, Schauer exemplifica que conspiração, perjúrio, fraude e extorsão, por exemplo, são todos “expressão” no sentido comum, mas não são “expressão” sob qualquer concepção de liberdade de expressão. O autor destaca que não se trata de dizer que a regulamentação de tais atos esteja de acordo com o ônus elevado de justificativa implícito no Princípio da Liberdade de Expressão e, sim, se trata de dizer que tais atos não estão de forma alguma dentro do escopo do princípio.<sup>307</sup>

Além disso, o autor ressalta que ao definir “expressão”, não estamos apenas tentando descrever algo. Com efeito, para ele, estamos tentando esculpir categorias de atividades e, em seguida, dar às atividades assim circunscritas um determinado grau de proteção. Por isso é que o autor entende que “expressão” é um termo funcional dentro da frase “liberdade de expressão”. Com o objetivo de definir a ideia de “expressão”, Schauer sugere que devemos olhar para a teoria - ou teorias - da doutrina da liberdade de expressão, pois sem tal investigação estaremos apenas tropeçando no escuro.<sup>308</sup>

No entanto, embora, como dito, estejamos caminhando para o exame da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão, antes de revisitarmos o pensamento de Schauer acerca do que deve estar inserido dentro da questão da cobertura, é interessante abordarmos uma questão antecedente e necessária para compreendermos o que deve estar na base da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão. Trata-se do questionamento feito por Schauer acerca da relação de equivalência ou de distinção entre discurso e ação, momento em que o autor se debruça sobre a possibilidade ou a

---

306 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004. p. 1769, 1771.

307 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 91, 92.

308 Ibidem.

impossibilidade real de distinguirmos a fala do objeto ao qual ela se dirige ou da conduta a que ela se refere, conforme veremos no tópico seguinte.

### 3.2 A RELAÇÃO ENTRE DISCURSO E AÇÃO

Conforme consignamos acima, antes de discorrer a respeito das categorias da comunicação que estariam cobertas pelo Princípio da Liberdade de Expressão, faz-se necessário lidar com a questão antecedente de se é possível distinguir ação e discurso. Nesse ponto, Schauer se questiona se a Primeira Emenda se baseia em um erro, mais especificamente, se a distinção necessária da Primeira Emenda entre discurso e ação seria correta ou se seria fundamentalmente insustentável.<sup>309</sup>

O autor inicia a reflexão recordando que qualquer explicação não-vazia de um princípio da liberdade de expressão tem como premissa a ideia de que ser um ato de expressão no sentido relevante concede a esse ato um grau de proteção contra a restrição que não é concedido a atos não verbais que causem consequências equivalentes. Por isso, para ele, algum tipo de distinção entre palavra e ação é uma condição necessária para um princípio viável da liberdade de expressão, eis que a menos que a palavra possua atributos relevantes para a liberdade de expressão que a ação não tenha, segundo Schauer, a distinção entre discurso e ação não pode fazer o trabalho que parece ser exigido dela como uma questão de teoria da liberdade de expressão.<sup>310</sup>

Schauer reconhece que há, com certeza, uma diferença entre um incêndio real e gritos de fogo em um teatro lotado, assim como há uma diferença entre um cachimbo, uma imagem de um cachimbo e uma descrição verbal de um cachimbo. O autor pontua que em alguns contextos, distinções entre palavras e coisas e entre discurso e ação existem claramente, mas a existência de tal distinção em alguns contextos não implica a conclusão de que a distinção cotidiana entre discurso e ação marcará qualquer coisa significativa para a liberdade de expressão, nem que a distinção pode ter o peso que qualquer princípio significativo da liberdade de expressão deve exigir dela.<sup>311</sup>

Quanto ao contexto em que tais discussões costumam aparecer, Schauer observa que controvérsias sobre a existência ou inexistência de uma distinção entre discurso e ação têm aparecido ocasionalmente como armas em debates contemporâneos sobre discurso de ódio e pornografia, com os proponentes da regulamentação questionando a distinção e os oponentes acusando seus adversários de não conseguirem compreender

---

309 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 427, 428.

310 Ibidem.

311 Ibidem, p. 428.

uma distinção que estaria no fundamento da ideia de racionalidade e, de fato, do que é ser humano. No entanto, para o autor, esses debates ocorreram em um contexto tão estreito e tendencioso que eles evitaram confrontar as questões fundamentais mais importantes sobre a liberdade de expressão.<sup>312</sup>

Schauer acrescenta ainda que entre as primeiras tentativas de lidar com a distinção entre discurso e ação estava uma tentativa que também foi notoriamente uma das menos bem-sucedidas. Em *Toward a General Theory of the First Amendment*<sup>313</sup> e, em seguida, em *The System of Freedom of Expression*<sup>314</sup>, o autor explica que Thomas Emerson tentou elaborar um sistema de liberdade de expressão absoluto, porém, limitado, o qual abrangia apenas uma pequena parte do universo da atividade comunicativa ou expressiva, mas com proteção absoluta àquilo que abrangia. Schauer expõe que, para Emerson, embora tudo o que contava como "expressão" devesse ser absolutamente protegido, a proteção da Primeira Emenda não deve ser entendida como estendida àqueles atos - alguns dos quais são verbais ou linguísticos ou mesmo comunicativos - que não eram expressão, mas, em vez disso, deveriam ser considerados como "ação" ou "conduta". Consequentemente, Schauer relata que Emerson defende que a maioria das solicitações criminais, algumas incitações, alguns anúncios comerciais e alguns atos de espionagem, entre outros, eram "ação" e não "conduta", portanto, não tinham direito a nenhuma proteção sob a Primeira Emenda, enquanto que a maioria das formas de defesa, a maioria dos protestos e toda a literatura, por exemplo, eram primariamente "expressão" e, portanto, tinham direito a proteção absoluta.<sup>315</sup>

Segundo Schauer, como ficou rapidamente óbvio para seus críticos, a distinção de Emerson era questionável ao extremo, na medida em que não houve o emprego de nenhum tipo de distinção entre as propriedades da expressão e as propriedades da ação como um dispositivo analítico para determinar quais comportamentos foram abrangidos pela Primeira Emenda e quais não foram. De acordo com o autor, Emerson traçou a distinção entre expressão e ação com base em entendimentos que, na melhor das hipóteses, seriam obscuros e, em seguida, passou a aplicar o rótulo "expressão" aos comportamentos que considerou protegidos e os rótulos "ação" ou "conduta" aos que considerou desprotegidos, ao mesmo tempo em que quase nada foi dito a respeito dos efetivos fatores que distinguiam um do outro.<sup>316</sup>

---

312 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 428, 429.

313 EMERSON, Thomas. Toward a General Theory of the First Amendment, **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 72, p. 877-956, 1962.

314 EMERSON, Thomas. **The System of Freedom of Expression**. Nova Iorque, Random House, 1970.

315 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 434, 435.

316 Ibidem, p. 435.



Para o autor, a abordagem questionável de Emerson, no entanto, continha duas ideias importantes, embora não necessariamente sólidas. Em primeiro lugar, Schauer destaca a ideia de Emerson de que a categoria do discurso é melhor compreendida como a categoria da comunicação, evidenciando que o que às vezes podemos entender como uma distinção entre discurso e ação é melhor concebido como uma distinção entre conduta comunicativa e não comunicativa. Em segundo lugar, o autor frisa que a categoria de comunicação, segundo Emerson, é, como categoria, menos propensa a produzir consequências negativas do que a categoria de conduta não comunicativa.<sup>317</sup>

A despeito de tais elementos positivos, permanecem para Schauer questões abertas dentro da exposição de Emerson. Para o autor, a mudança terminológica de Emerson de "discurso" para "expressão" revela a sua crença de que a distinção entre comunicação e ação surge de uma distinção fundamental e natural entre pensar e fazer. No entanto, para Schauer permanece o questionamento de se essa distinção é válida e, mesmo que seja, se essa distinção diria alguma coisa e o quê diria efetivamente sobre a ideia da liberdade de expressão.<sup>318</sup>

O autor sugere que o lugar para começar a examinar a questão é com a diferença aparentemente objetiva entre a contemplação de uma pessoa de se envolver em alguma ação e ela realmente se engajar nessa ação, com a liberdade de expressão protegendo apenas a primeira e não a última. Schauer destaca que o que pode tornar importante essa inegável separação conceitual não é apenas a possibilidade de que a comunicação, mesmo que advogando a ação, possa não levar à ação preconizada, mas também que o elo entre a comunicação e a ação requer um ato adicional de vontade por parte do destinatário da comunicação. Para o autor, o fato de um ato volitivo por parte do destinatário de uma comunicação ser necessário para converter uma comunicação em uma ação revela a importância do papel que a autonomia desempenha no desenvolvimento de uma distinção relevante para a liberdade de expressão entre discurso e ação.<sup>319</sup>

Como exemplo da importância desse ato volitivo e da importância que a autonomia pode ter para o entendimento de uma possível distinção relevante entre discurso e ação, Schauer destaca a situação da militância que não pode produzir ação sem intervenção consciente do destinatário da comunicação. Segundo essa perspectiva, Schauer explica que qualquer tentativa por parte do governo de impedir o fluxo de comunicação como pré-requisito para esta decisão equivaleria a uma falta de respeito

---

317 SCHAUER. *On the Distinction between Speech and Action*, 2015, p. 438.

318 Ibidem, p. 439.

319 Ibidem.

pela autonomia do destinatário, já que, se não somos capazes de decidir por nós mesmos o que fazer, incluindo decidir fazer ou não fazer coisas pelas quais o Estado nos punirá se as fizermos, então perdemos, continua o argumento relatado por Schauer, um elemento irreduzível do que é o ser humano.<sup>320</sup>

No entanto, para Schauer, embora a liberdade de pensamento certamente pareça uma coisa boa é necessário aprofundar a investigação, tarefa esta que para o autor começa com a divisão dos pensamentos de um sujeito em quatro categorias. Quanto a estas quatro categorias e o seu lugar na história:

Em primeiro lugar estão os pensamentos sobre os quais questões de certo e errado não vem ao caso, como pensar que sorvete de baunilha é melhor do que chocolate ou pensar em qualquer um dos outros tópicos que tendemos a designar como gostos. Em segundo lugar, estão os pensamentos que são simplesmente corretos, como os pensamentos de que a cor da pele é irrelevante para o valor moral ou de que Louisville não é a capital do Kentucky. Terceiro, estão os pensamentos que estão realmente errados, mas geralmente de forma inofensiva, como acontece com as crenças da astrologia ou as crenças na existência do Papai Noel ou do Coelho da Páscoa. E em quarto lugar estão aqueles pensamentos que são errados e prejudiciais, categoria sobre a qual muito mais precisa ser dito. Sabemos, é claro, que muito da história do desenvolvimento da liberdade de expressão como ideia surgiu da frequência com que as pessoas, e especialmente as pessoas no poder, colocaram na quarta categoria os pensamentos que pertenceriam mais apropriadamente à primeira, segunda ou terceira. Sabemos que aqueles que estão no poder tentaram proibir as pessoas de negar (ou, ocasionalmente, afirmar) que o catolicismo representava a Única Fé Verdadeira; tentaram proibir Copérnico e Galileu de pensar que a Terra girava em torno do Sol; e decretaram leis contra a obscenidade em um esforço para evitar que as pessoas pensassem sobre sexo extraconjugal e que os adolescentes pensassem em sexo.<sup>321</sup>

Contudo, Schauer ressalta que, embora esses erros tenham sido frequentes ao longo da história, sua frequência é um fato empírico contingente - isto é, sua frequência e consequências variam com o tempo, o lugar e a cultura. Além disso, o autor destaca que a frequência de erros desse tipo permanece não inconsistente com a existência da quarta categoria de pensamentos genuinamente prejudiciais. Segundo Schauer, talvez a frequência de erros ao distinguir a quarta categoria das outras três cometidos especialmente pelo Estado, deva levar a um princípio que tire o poder do Estado de fazer a distinção entre discurso prejudicial e inofensivo, mas isso, Schauer destaca, seria um possível resultado da análise e não uma premissa.<sup>322</sup>

320 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 440.

321 Ibidem, p. 440, 441. (TPA).

322 Ibidem, p. 441.

Assim, Schauer entende que é necessário aprofundar a reflexão sobre a quarta categoria que representa os pensamentos prejudiciais, com o objetivo de indagar se realmente podem existir pensamentos prejudiciais. O autor aborda como exemplo o caso *Estados Unidos v. Stevens*, a respeito do qual aprofundaremos no tópico sobre a relação entre a expressão e os danos, para dizer que parece uma aposta empírica bastante segura afirmar que as pessoas que têm o pensamento de que torturar animais é uma coisa boa são estatisticamente mais prováveis de torturar animais do que pessoas que não têm esse pensamento. Para Schauer, se partíssemos da premissa de que nós, como sociedade, acreditamos, em conformidade com o que refletem nossas leis contra a crueldade com os animais, que torturar animais é errado, então, para Schauer, o pensamento de que torturar animais é bom deve ser colocado na quarta categoria relativa aos pensamentos prejudiciais, tendo em vista que o conteúdo do pensamento está errado, o comportamento sobre o qual o pensamento se refere é prejudicial, bem como o fato de que as pessoas que têm o pensamento têm probabilidade estatística maior de incorrer no comportamento prejudicial. Assim, o autor destaca que o pensamento é um pensamento prejudicial não apenas por causa de seu conteúdo, mas porque ter um pensamento sobre esse conteúdo aumentará a probabilidade do comportamento prejudicial. Esclarecida essa dinâmica, Schauer afirma que a tarefa diante de nós é, então, considerar como nós enquanto um povo e instituição política coletiva devemos reagir às pessoas que têm pensamentos prejudiciais.<sup>323</sup>

O autor acrescenta mais um elemento para ser ponderado dentro dessa dinâmica, por meio de uma analogia entre pensamentos prejudiciais e atos preparatórios de condutas prejudiciais. Schauer explica que se eventualmente considerássemos que o possuidor de pensamentos prejudiciais deve ter permissão para ter esses pensamentos e não ser punido por tê-los pela valorização da sua autonomia, haveria provavelmente uma incoerência com a gama de ações preparatórias e indicativas da prática de um crime que, não são o crime em si mesmo, mas são mesmo assim designadas como crimes independentes, as chamadas ofensas preparatórias. O autor aponta como exemplos destes crimes independentes preparatórios a posse de ferramentas de furto ou de um rifle, situações em que o possuidor pode não roubar nada ou, ainda, a posse de uma granada, o que não significa que o proprietário possa tentar explodir ninguém.<sup>324</sup>

Schauer destaca que, em casos como os acima apontados, muitas vezes criminalizamos o ato preparatório, embora o possuidor ou o preparador no exercício de sua autonomia possa não ir em frente e realmente fazer o que realmente nos preocupa.

---

323 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 442, 443.

324 Ibidem, p. 444.

Mesmo assim, ele destaca que, na maioria destes casos, não permitimos que o respeito pela autonomia putativa de um agente nos leve à abstenção da restrição da conduta que seja preparatória e probabilisticamente relacionada a ações intrinsecamente prejudiciais. Daí que, para Schauer, a questão que se coloca é se esses exemplos são diferentes do exemplo do pensador da tortura de animais, que pode efetivamente não ir em frente na tortura dos animais.<sup>325</sup>

O questionamento do autor se estende também para além do estreito domínio das infrações preparatórias. Com o objetivo de reduzir acidentes automobilísticos, Schauer recorda que exigimos que as pessoas dirijam abaixo de uma velocidade designada, mesmo que no exercício de sua autonomia possam compensar os riscos aumentados provenientes de velocidades mais altas se dirigirem com mais cuidado. O autor exemplifica essa extensão recordando também que não permitimos que as pessoas possuam heroína, embora seja possível – ainda que remotamente possível – que não a usem nem a vendam. Ademais, para o autor, a existência de responsabilidade objetiva em vários domínios mostra novamente que a necessidade de um ato volitivo de mediação para que o delito ou crime seja efetuado muitas vezes não impede a responsabilidade. Por todos estes motivos do contrário, ele conclui que o respeito à autonomia raramente pode ser entendido como gerador de doutrinas que imunizam de responsabilidade outra pessoa que não o agente final.<sup>326</sup>

A despeito de tais considerações que evidenciam a impossibilidade de distinção entre pensamentos prejudiciais e ofensas preparatórias ou condutas arriscadas, Schauer afirma que uma possível razão para respeitar o que parecem ser pensamentos prejudiciais é a possibilidade de que o possuidor do pensamento esteja certo, que nós – ou o Estado – estejamos errados, no sentido de que o pensamento não é de fato prejudicial. O autor explica, em sentido semelhante ao que já vimos dentro do argumento da verdade, que foi John Stuart Mill quem mais notoriamente conectou a liberdade de opinião (expressa) ao falibilismo epistêmico e, assim, à possibilidade de que a opinião recebida esteja errada e a opinião suprimida correta. Schauer observa que esta é certamente uma advertência sábia antes de agir sobre qualquer opinião recebida e antes de restringir qualquer ação considerada prejudicial.<sup>327</sup>

Contudo, Schauer afirma que, mesmo por essa perspectiva da falibilidade epistêmica da visão de que o pensamento é prejudicial, e muito embora a humildade seja quase sempre sábia, ainda não está claro para o autor se um princípio da humildade pode

---

325 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 444, 445.

326 Ibidem, p. 445.

327 Ibidem, p. 447.

gerar o princípio diferencial entre discurso e ação que buscamos. Isso porque, para o autor, é difícil ver por que essa possibilidade deva ser menos aplicável às suas avaliações probabilísticas empíricas das consequências de ações preparatórias ou outras ações acessórias do que à sua avaliação probabilística empírica das consequências dos pensamentos.<sup>328</sup>

Após a exposição da problemática e questionável distinção entre discurso e ação, nessa altura, Schauer reconhece que tratou a questão em termos de liberdade de pensamento, em vez de liberdade de expressão. Para o autor, há duas razões para isso: primeiro, a liberdade de pensamento parece ter uma conexão ainda mais estreita com a autonomia do que a liberdade de expressão, eis que pouco seria mais nosso do que nossos pensamentos. Em segundo lugar, de acordo com Schauer, o argumento a favor do princípio de liberdade de pensamento parece inicialmente ser ainda mais forte do que o argumento a favor do princípio da liberdade de expressão. Como resultado, o autor conclui que se o princípio de livre pensamento for inválido, então, consequentemente, também será inválido um princípio da liberdade de expressão baseado na autonomia ou individualidade.<sup>329</sup>

Assim, Schauer frisa que, se assumirmos contribuições causais equivalentes para uma determinada consequência prejudicial por algum ato de fala e por algum ato de ação não verbal, ou se simplesmente assumirmos um dano esperado equivalente, não se identifica nenhuma razão que seja derivada de concepções de autonomia e que possa produzir o resultado esperado de imunizar atos de fala preparatórios, em maior extensão do que imunizamos a conduta não verbal preparatória. Isso porque, para o autor, se o princípio da autonomia não protege nem as ações autônomas que produzem danos, nem as ações que aumentariam a probabilidade de danos subsequentes, então não parece haver razão para tratar o discurso de maneira diferente da maneira como tratamos a ação.<sup>330</sup>

De fato, Schauer reconhece e destaca que é evidente que a maioria das palavras é inofensiva. No entanto, para o autor, também é verdade que a maioria das ações é inofensiva. Considerando que a maior parte do discurso não produzirá ação prejudicial e que a maioria das ações também não produzirá ação prejudicial, para Schauer, a questão diante de nós não é se uma sociedade deve permitir a regulamentação do discurso inofensivo e, sim, a questão é saber se a linha adequada entre a intervenção estatal permissível e não permissível é uma linha entre discurso e ação, ou, em vez disso, entre

---

328 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 447, 448.

329 Ibidem, p. 449, 450.

330 Ibidem, p. 451.

comportamento causalmente inerte de dano, alguns dos quais são palavras e outros ação, e comportamento causalmente eficaz de dano, alguns dos quais são discurso e outros ação. De acordo com o autor, dentro deste último princípio, algum discurso agora protegido pela doutrina existente da Primeira Emenda seria regulável, mas se este princípio for aplicado com precisão, as diferenças entre este princípio e a doutrina existente poderiam ser pequenas.<sup>331</sup>

No tocante à distinção entre discurso e ação, Schauer finaliza ressaltando que a sua ideia básica é que dificilmente está claro que o respeito pela autonomia de um agente deva levar outros agentes, ou o Estado, a tolerar ações comunicativas autônomas que são determinadas como suscetíveis de causar danos a terceiros mais do que deveriam tolerar ações não comunicativas autônomas, cujas consequências são equivalentes. Segundo o autor, se há uma razão para proteger o discurso autônomo que não se aplica também à ação autônoma, então, como vimos, não pode ser uma razão derivada da própria ideia de autonomia e, em vez disso, precisa ser baseada em uma demonstração empírica muito maior das consequências diferenciais do discurso e da ação do que foi demonstrado até agora.<sup>332</sup>

Com efeito, Schauer admite que pode haver boas razões históricas para esculpir o discurso a partir dessas categorias mais amplas, mas, segundo o autor, se deixarmos de lado a história e a doutrina legal ou constitucional existente, descobriremos que as razões não históricas para fazer isso - para distinguir o discurso da ação - não resistem ao escrutínio analítico rigoroso.<sup>333</sup>

### 3.3 AS CATEGORIAS E O CONTEÚDO COBERTOS DA COMUNICAÇÃO

Conforme vimos acima, não há como se sustentar uma distinção do ponto de vista filosófico-analítico entre discurso e ação. Tal é a base mencionada que é importante para para compreendermos que, dentro da tarefa agora iniciada de indagação a respeito da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão, não podemos ter como premissa essa questionável distinção entre ação e conduta.

Para Schauer, o que acontece é que “expressão” é apenas um termo da arte, um termo de linguagem técnica, cuja definição, cabe novamente destacar, não pode ser derivada apenas do uso comum. Sendo a expressão apenas um termo da arte, segundo o autor, é inevitável que muitas formas de comunicação sejam devidamente excluídas da

---

331 SCHAUER. On the Distinction between Speech and Action, 2015, p. 452.

332 Ibidem, p. 453.

333 Ibidem, p. 454.

cobertura desse princípio. Inclusive, para Schauer, estas muitas formas constituem talvez a maioria das formas de comunicação, as quais não têm nenhuma relação com as razões para reconhecer um Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>334</sup>

Assim, vale indagar o que estaria exatamente compreendido dentro desta ideia de expressão enquanto termo técnico não necessariamente fundamentado em uma distinção real entre discurso e ação. Desde logo, Schauer adverte que não pode responder definitivamente o que está dentro, eis que isso ativaria justificativas particulares para o princípio da liberdade de expressão. No entanto, ainda que não seja possível uma resposta definitiva, o autor prossegue tentando formar um norte acerca de quais formas ou categorias de comunicação estariam dentro da ideia do princípio da liberdade de expressão.<sup>335</sup> Daí surge a questão da cobertura do princípio da liberdade de expressão. Para o autor:

Por trás da linguagem e das complexidades da questão da cobertura, e a parte da pergunta enganosa, "o que é o discurso?", está uma pergunta muito mais simples que é necessariamente a primeira pergunta sempre a ser feita - "este é um conflito sobre liberdade de expressão?" . A questão da cobertura é esta questão. Às vezes, a resposta será determinada por um texto oficial. Às vezes, a questão será respondida examinando-se o ponto subjacente de um princípio distinto e importante de liberdade de expressão. E às vezes a resposta será tão obviamente "sim" ou "não" que podemos nem mesmo reconhecer que a pergunta está lá. Mas a questão, explícita ou implícita, está sempre lá. Rotular a questão como a questão da cobertura, e distinguir entre cobertura e proteção, traz à tona um componente que é necessariamente parte da abordagem de qualquer problema de liberdade de expressão e qualquer conflito que envolva o princípio.<sup>336</sup>

Segundo Schauer, a história da Primeira Emenda é a história dos seus limites. O autor parte da premissa de que a força da doutrina da liberdade de expressão americana está localizada principalmente nas barreiras formidáveis que os interesses contrários devem superar para prevalecer contra os valores da liberdade de expressão, e de que essas barreiras surgiram dentro dos limites de um entendimento amplamente aceito do escopo da própria Primeira Emenda. Para ele, tem havido divergências importantes sobre quais regras devem ser aplicadas quando uma lei ou prática infringe a Primeira Emenda, mas muito menos discordâncias sobre se, como uma questão de limite, a Primeira Emenda está sequer implicada.<sup>337</sup>

Os atos, comportamentos e restrições não abrangidos de nenhum modo pela Primeira Emenda - os eventos que permanecem totalmente intocados pela Primeira

334 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 103.

335 Ibidem.

336 SCHAUER. What is Speech? The Question of Coverage, 2021, p. 171, 172. (TPA).

337 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1765, 1766.

Emenda – são, de acordo com Schauer, aqueles que simplesmente não são alcançados pela Primeira Emenda. O autor frisa que não é que o discurso não seja protegido e, sim que todo o evento que muitas vezes envolve discurso no sentido comum da palavra não apresenta uma questão da Primeira Emenda e a ação do governo, conseqüentemente, não é medido em termos de nenhum padrão da Primeira Emenda. Para Schauer, a Primeira Emenda simplesmente não aparece. Por outro lado, conforme aponta o autor, quando a Primeira Emenda aparece, todo o arsenal de regras, princípios, padrões, distinções, presunções, ferramentas, fatores e testes da Primeira Emenda torna-se disponível para determinar se o discurso particular acabará realmente sendo protegido.<sup>338</sup>

Conforme já destacamos anteriormente, Schauer ressalta que, se a cobertura da Primeira Emenda fosse até próxima do significado comum da palavra “discurso”, então, vastos segmentos da vida humana permaneceriam protegidos pela Primeira Emenda da regulamentação ou de outras conseqüências jurídicas. Assim, o autor pondera que se entendemos “discurso” como um termo da arte, se olhamos mais diretamente para o propósito ou propósitos subjacentes do princípio da liberdade de expressão ou para a história da Primeira Emenda, nós nos encontramos na posição de tentar localizar a cobertura da Primeira Emenda por outro meio que não o significado da linguagem comum da palavra “discurso”.<sup>339</sup>

Schauer aponta que os problemas, por sua vez, surgem não apenas por causa da patente não cobertura pela Primeira Emenda de alguns atos que são literalmente comunicativos, mas também por causa da natureza contestada de alguns dos tópicos na fronteira entre cobertura e não cobertura. Para o autor, os casos limítrofes da cobertura da Primeira Emenda exibirão atributos de cobertura e de não cobertura, assim como os casos limítrofes de qualquer coisa exibirão atributos situados em ambos os lados da fronteira. Mas, de acordo com Schauer, uma vez que nos afastamos da fronteira, a dualidade dos atributos diminui, e assim é com o discurso descoberto.<sup>340</sup>

Além disso, para o autor, devemos considerar não apenas o discurso que a Primeira Emenda visivelmente ignora, mas também o discurso que ela ignora mais silenciosamente, eis que o que está bem além das fronteiras da Primeira Emenda pode ser bastante instrutivo.<sup>341</sup> Sobre a complexidade da tarefa de definição da cobertura do princípio da liberdade de expressão, explica o autor:

---

338 ISCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1769, 1770.

339 SCHAUER. *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, 2015, p. 1618-1620.

340 SCHAUER. *Out of Range: on patently uncovered speech*, 2015, p. 346, 348.

341 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1778.



As questões de cobertura muitas vezes são invisíveis, porque o nome de um direito geralmente nos diz muito sobre os atos que o direito cobre. O direito de se engajar em oração pública, digamos, é um direito cuja cobertura é limitada, mas a questão da cobertura quase pode ser lida no nome do direito, porque sabemos o que é e o que não é oração pública. O mesmo, talvez, com o citado direito de possuir uma arma de fogo. Mas quando nos voltamos para a liberdade de expressão, ou liberdade do discurso, ou liberdade de comunicação, as coisas não são tão simples, como observado acima, precisamente porque o nome do direito nos diz pouco sobre as atividades que o direito cobre. Como muito do que qualquer um desses termos abrange não está nem mesmo plausivelmente relacionado ao que é o direito, tentar averiguar a cobertura do direito à liberdade de expressão torna-se uma tarefa muito mais complexa.<sup>342</sup>

Iniciando a reflexão sobre o objeto da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão, Schauer destaca que se é a comunicação que deve ser protegida, então, a comunicação linguística - palavras faladas e escritas geralmente formadas em frases - constitui a maior proporção do que estamos protegendo. Schauer expõe que a linguagem é separada da comunicação apenas em casos excepcionais, sendo que, no caso padrão, uma é inseparável da outra. De acordo com o autor, em geral, se quisermos proteger a comunicação, então, não erramos muito se tratamos a comunicação linguística como, pelo menos presumivelmente, dentro do alcance do princípio da liberdade de expressão. Assim, o autor finaliza essa reflexão inicial acerca da linguagem enquanto comunicação objeto da proteção da liberdade de expressão afirmando que parece útil, portanto, tratar a linguagem como um núcleo e avançar na análise para discutir as nuances dos métodos comunicativos.<sup>343</sup>

Se a linguagem no sentido restrito está claramente dentro do escopo do conceito de comunicação, segundo Schauer, então também devem estar aqueles sinais ou símbolos que denotam palavras, frases ou sentenças particulares, os quais constituem símbolos que servem como equivalentes linguísticos virtualmente exatos. O autor cita como exemplos dessa categoria qualquer forma de código, como sinais de semáforo, código Morse ou Braille e qualquer outro símbolo que tenha uma correlação simples com uma letra, palavra, frase ou sentença em algum idioma reconhecido.<sup>344</sup>

Um pouco mais difíceis para Schauer são aqueles símbolos que transmitem uma mensagem comumente compreendida, mas que não têm equivalentes linguísticos exatos, ou seja, símbolos que transmitem uma mensagem que poderia ser expressa linguisticamente, mas as palavras exatas do equivalente linguístico são menos claras. A

342 SCHAUER. What is Speech? The Question of Coverage, 2021, p. 164. (TPA).

343 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 96.

344 Ibidem.

respeito dessa categoria, Schauer cita a situação de uma bandeira de determinada cor ou padrão que freqüentemente transmite uma mensagem particular de referência nacional, lealdade ou patriotismo, embora possa haver gradações de interpretação. Outro exemplo que o autor aponta é uma braçadeira preta que às vezes é usada para mostrar luto, e às vezes é usada para se opor à morte causada por guerras ou uma guerra em particular e, semelhantemente, o símbolo da paz, sendo que em ambas as situações a mensagem se deduz do contexto. Em cada um desses casos, Schauer frisa que não existe um correspondente linguístico exato, mas existe uma mensagem que poderia ter sido expressa em palavras.<sup>345</sup>

Acerca dessa categoria, Schauer esclarece ainda que a mensagem é facilmente compreendida por um observador, sem necessidade de amplificação adicional, e a mensagem percebida pelo observador é pelo menos amplamente semelhante àquela pretendida pelo comunicador. Considerando que há uma intenção de transmitir uma mensagem através do uso de uma convenção simbólica comumente entendida, que a existência dessa convenção garante que, na grande maioria dos casos, o destinatário compreenderá a intenção e a mensagem do locutor, bem como que o método de transmissão não contém virtualmente nenhum componente não comunicativo, Schauer destaca que não há razão válida para deixar de incluir esta categoria para fins de aplicação do princípio da liberdade de expressão. Com efeito, o autor adverte que podemos não proteger todas essas declarações em todos os contextos, mas para ele elas são pelo menos abrangidas pelo Princípio da Liberdade de Expressão, na mesma medida como se fossem traduzidas em palavras.<sup>346</sup>

De acordo com Schauer, uma conclusão semelhante se impõe quando as imagens são o próprio meio de comunicação, como acontece com, por exemplo, fotografias, desenhos, pinturas, tabelas, gráficos ou diagramas. O autor ressalta, a respeito das imagens, que quando a intenção é comunicar ideias, informações ou relacionamentos específicos - excluindo, por enquanto, a representação artística -, esses métodos de comunicação são indistinguíveis do discurso linguístico coberto.<sup>347</sup>

Outro elemento importantíssimo que Schauer pontua nessa empreitada de dizer o que deve ser considerado como dentro da ideia de discurso coberto por um possível Princípio da Liberdade de Expressão é que, embora o reconhecimento deste princípio hipotético deva envolver o traçado de uma linha entre o que está incluído no princípio e o que não está, um Princípio da Liberdade de Expressão derivado do conceito de

---

345 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 96, 97.

346 Ibidem, p. 97.

347 Ibidem.

incapacidade governamental deve também assegurar que essa linha não esteja sujeita às mesmas enfermidades. Para evitar este problema, Schauer sugere que deve ser criada uma margem de erro, incluindo assim no Princípio da Liberdade de Expressão qualquer método de comunicação, mesmo que remotamente, capaz de transmitir uma mensagem.<sup>348</sup>

Com efeito, nessa reflexão, o autor reconhece que seria sedutoramente descomplicado alegar que o princípio da liberdade de expressão cobre - mas não necessariamente protege - todas as comunicações, independentemente de seu conteúdo. Isso pois, para Schauer, se os argumentos para um Princípio da Liberdade de Expressão se aglutinam em torno da separação entre o indivíduo e o governo e em razão de uma desconfiança especial da capacidade do governo de regulamentar a liberdade de expressão, então, uma ausência de discriminação com base no conteúdo pode ser considerada central para o conceito de liberdade de expressão.<sup>349</sup>

Schauer destaca que é a inabilidade do Estado para fazer as distinções necessárias que nos leva a suspeitar que o Estado não pode regulamentar a expressão com tanta eficácia ou eficiência como quando regula outras formas de conduta. A aversão à regulamentação com base no conteúdo da comunicação decorre, assim, para ele, de nossa desconfiança da capacidade do governo de distinguir entre o verdadeiro e o falso, o útil e o inútil, o valioso e o sem valor. Se a inabilidade do Estado de distinguir dentro do Princípio da Liberdade de Expressão é especialmente problemática, então Schauer destaca que também deve ser problemática qualquer tentativa de estabelecer os limites do próprio princípio. Para ele, os erros podem ser cometidos tanto nas bordas quanto no centro, o que pode fornecer uma justificativa adicional para incluir todas as comunicações no âmbito do princípio da liberdade de expressão.<sup>350</sup>

No entanto, segundo Schauer, essa solução sacrifica o princípio em prol da simplicidade. O autor recorda que existem muitos atos de comunicação que simplesmente não têm nada a ver com o que é o conceito de liberdade de expressão, sendo que, incluí-los por uma questão de segurança ou simplicidade, em seu entendimento, provavelmente distorceria tanto o princípio da liberdade de expressão ao ponto de torná-lo de pouca utilidade. De fato, ele entende que podemos desejar adicionar uma margem de erro, mas isso não seria o mesmo que abandonar a busca por um delineamento principiológico do escopo do conceito. Idealmente, para Schauer, estamos procurando por uma definição prática do Princípio da Liberdade de Expressão que incorpore apenas as formas de

---

348 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 98.

349 Ibidem, p. 101.

350 Ibidem.

comunicação que de alguma forma se relacionam com as razões para reconhecer tal princípio em primeiro lugar.<sup>351</sup>

Nessa tarefa, Schauer entende que, inicialmente, podemos facilmente excluir a maioria dos usos performativos da linguagem, já que o conceito de liberdade de expressão não limita o Estado na regulamentação das apostas verbais, na determinação das regras do direito contratual, ou no estabelecimento das regras que regem uma ampla gama de negociações comerciais que podem necessariamente envolver o uso de palavras escritas ou faladas. Além disso, para Schauer, embora ameaças e extorsões não sejam tão claramente performativas, elas também parecem seguramente fora do escopo do Princípio da Liberdade de Expressão. As coisas ficam um pouco mais difíceis para o autor quando lidamos com o que pode ser chamado de "erros proposicionais", como perjúrio, fraude ou furto por falsos pretextos, pois tais declarações, para ele, embora proposicionais, dificilmente parecem candidatas prováveis para inclusão dentro dos princípios da liberdade de expressão.<sup>352</sup>

No que diz respeito às categorias da comunicação e em como elas devem ser tratadas, Schauer traz um exemplo fático para esclarecer os problemas que estão envolvidos nessa tarefa:

Adam está em um pódio no Hyde Park e defende a quem estiver ouvindo que segredos militares devem ser dados ao inimigo porque o inimigo é justo e esta nação é má. Bruce, depois de ouvir Adam, vai até Charles e incentiva Charles a entregar segredos militares ao inimigo. Charles, que trabalha em uma base militar, diz a seu colega Daniel que um agente inimigo vai estar na esquina da High Street com a Blossom Court às seis da tarde na quinta-feira com £ 1000 para pagar pelos segredos militares. Daniel vai ao encontro do agente inimigo no local e hora designados e descreve os planos para um míssil ultrassecreto. Tudo o que ocorreu neste cenário foi comunicação oral, e pode ser que em tempos de guerra todos os quatro deveriam ser e seriam processados. No entanto, claramente o caso de Adam e talvez o caso de Bruce são aqueles em que a liberdade de expressão parece pelo menos uma consideração relevante, mas os casos de Charles e Daniel são aqueles em que intuitivamente riríamos se alguém alegasse que a liberdade de expressão seria relevante para a questão. Quais são, então, as diferenças entre os casos?<sup>353</sup>

São várias as distinções pertinentes ao exemplo anterior no ponto de vista de Schauer, as quais revelam fatores que devem ser considerados na análise da cobertura do ato de expressão pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Em primeiro lugar, o autor aponta que existe uma diferença entre militância e ação, pois embora algumas palavras

351 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 101, 102.

352 Ibidem, p. 102.

353 Ibidem, p. 102, 103. (TPA).

militem a favor de condutas, outras estão mais próximas da própria conduta, ou são a própria conduta. Em segundo lugar, o autor afirma que um determinado discurso é público em dois sentidos importantes: um discurso é público porque é dirigido a uma audiência pública, ou, é público por ser relevante para alguma questão de importância pública; outros discursos não têm significado público, relacionando-se apenas à transação particular em que os participantes estão envolvidos. Finalmente, segundo Schauer, algumas palavras tentam influenciar crenças, no sentido de que são normativas ou persuasivas e, às vezes, essa comunicação normativa pode ser apoiada por uma proposição factual, como a proposição de que “*você não deve votar em Smith porque ele foi condenado por peculato em 1968*” e, em outras vezes, outras formas de comunicação não transmitem nem apoiam mensagens normativas.<sup>354</sup>

Com efeito, após o esclarecimento de tais fatores, Schauer destaca que não está pretendendo sugerir que qualquer um deles seja determinante, seja separadamente ou em conjunto com os outros, assim como não está sugerindo que qualquer quantidade de proteção à liberdade de expressão para perjúrio ou extorsão é desde logo ou possa se tornar um problema significativo na teoria da liberdade de expressão. No entanto, o autor frisa que esses fatores são importantes para ajudar a explicar por que apenas alguns tipos de comunicação são considerados como abrangidos pelo Princípio da Liberdade de Expressão e outros são tratadas como totalmente não relacionadas ao conceito de discurso livre. Assim, o autor conclui ponderando que embora nenhum destes fatores seja absolutamente claro ou determinante, todos se relacionam com as justificativas para a liberdade de expressão discutidas no capítulo anterior.<sup>355</sup>

Nessa altura, Schauer reconhece que é inevitável que muitas formas de comunicação – aquelas que não têm nenhuma relação com as razões para reconhecer um Princípio da Liberdade de Expressão - sejam devidamente excluídas da cobertura desse princípio. A justificativa fornecida pelo autor para tanto é a reflexão com a qual iniciamos o tópico de que o termo liberdade de expressão é um termo da arte, um termo de linguagem técnica, o qual não pode ter a sua definição extraído do uso ordinário. Como ressaltamos no início, Schauer entende que a maioria das formas de comunicação estarão fora da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão, eis que não guardam relação com os motivos para o reconhecimento do princípio. Segundo o autor, não podemos, entretanto, responder definitivamente o que está dentro, porque isso ativaria justificativas particulares para o princípio da liberdade de expressão.<sup>356</sup>

---

354 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 103.

355 Ibidem.

356 Ibidem.

E sobre o ponto das justificativas particulares sobre o princípio da liberdade de expressão, Schauer reconhece ainda que, a depender do fundamento ponderado, alguns deles produzirão áreas de cobertura mais amplas do que outros. Nesse sentido, o autor recorda que o argumento da democracia, por exemplo, pode restringir o Princípio da Liberdade de Expressão ao político, assim como uma versão estreita do argumento da incompetência do governo também pode restringir ao político a cobertura do direito. Por outro lado, segundo Schauer, a maioria das versões do argumento da verdade geraria áreas de cobertura muito mais amplas.<sup>357</sup>

Para ele, não há razão para que haja apenas uma justificativa aceitável, fazendo com que a área de cobertura possa ser produzida a partir de uma série de justificativas sobrepostas. No que diz respeito às categorias cobertas da comunicação, Schauer frisa que, na maioria dos casos, declarações normativas e factuais relacionadas constituirão o núcleo do Princípio da Liberdade de Expressão, mas os assuntos cobertos também dependerão de um fundamento para a análise dessa cobertura.<sup>358</sup>

Além disso, Schauer pondera também que a discussão anterior ilustra, entre outras coisas, que a análise e, às vezes, o resultado, podem variar conforme seja o interesse do falante, o interesse do ouvinte ou o interesse da sociedade como um todo, que atue como o ponto de referência significativo. O autor reconhece que esses interesses estão, obviamente, relacionados, eis que se desejamos proteger os interesses dos ouvintes, devemos, na prática, conceder direitos aos falantes. Considerações semelhantes se aplicam para o autor quando estamos preocupados com os interesses da sociedade como um todo, eis que, para ele, ideias e informações não vêm da lâmpada de Aladim, elas vêm de pessoas. Schauer destaca então que, se quisermos que as ideias sejam expressas, devemos proteger aqueles que as expressam, mesmo que essas pessoas não sejam o objeto principal de nossa preocupação.<sup>359</sup>

Outro ponto importante relativo à cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão diz respeito ao efeito de seleção. Conforme explica Schauer, a literatura nos diz que os casos ou eventos que são genuinamente fáceis raramente são levados ao tribunal e, se forem, raramente são levados a julgamento e, se forem, raramente são levados à fase recursal e, em caso afirmativo, raramente são levados a cabo e aceitos para consideração plenária da Suprema Corte. Por outro lado, Schauer observa que os casos que acabam na Suprema Corte são a amostra distorcida apenas das disputas em que as partes opostas que detêm posições mutuamente exclusivas acreditam, cada qual,

---

357 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 103, 104.

358 Ibidem.

359 Ibidem, p. 105, 106.

que elas têm uma chance de prevalecer. Para o autor, essas disputas são sistematicamente, e quase inevitavelmente, aquelas que estão na fronteira.<sup>360</sup>

De acordo com Schauer, esse efeito de seleção também se aplica à distinção entre cobertura e proteção. O autor recorda que nunca houve uma discussão séria da Suprema Corte sobre por que a militância política é coberta - embora não necessariamente sempre protegida - pela Primeira Emenda, na medida em que um argumento contrário simplesmente não seria levado a sério. Em contrapartida, Schauer afirma que os argumentos e casos que tratam da cobertura de difamação, obscenidade e discurso comercial surgiram precisamente porque as questões são difíceis e os tópicos estão próximos da fronteira entre o coberto e o descoberto. No mesmo sentido acerca dessa fronteira, o autor recorda também que nunca houve uma Suprema Corte ou corte federal inferior ou caso de tribunal estadual que lidasse com o motivo pelo qual o ato de expressão que faz um contrato ou testamento não é coberto pela Primeira Emenda, porque tal discurso está muito distante dos limites externos de cobertura plausível da Primeira Emenda.<sup>361</sup>

Pensando em exemplos de áreas específicas do direito que residem quase imperceptivelmente fora dos limites da Primeira Emenda, Schauer aborda o discurso que é o alvo principal da regulamentação de títulos mobiliários federais. Ao exercer sua autoridade de acordo com vários outros estatutos que regulam o mercado de valores mobiliários, o autor explica que a Comissão de Valores Mobiliários se engaja em um profundo controle de conteúdo da expressão, pois, de acordo com as disposições legais a respeito, os títulos não podem ser oferecidos nem vendidos sem registro, exceto em circunstâncias estritamente definidas, normalmente reservadas para pequenas ofertas. Além disso, no tocante às disposições sobre o registro, Schauer acrescenta que nem ofertas nem anúncios podem ser feitos, publicados ou entregues sem a aprovação prévia da Comissão de Valores Mobiliários, a qual vai determinar se os materiais não são falsos nem enganosos.<sup>362</sup>

Schauer considera que a história da Primeira Emenda e do antitruste é semelhante, ainda que menos óbvia. O autor ressalta que há muitas formas de violação da legislação antitruste americana, mas a maioria das formas eficazes envolve o discurso. Para o autor, a própria linguagem da Lei Sherman, que fala em “contratos”, “combinações” ou “conspirações para restringir o comércio” parece antecipar que muitas práticas anticompetitivas ocorrerão como resultado da troca verbal ou escrita de informações. Para

---

360 SCHAUER. *Out of Range: on patently uncovered speech*, 2015, p. 351, 352.

361 *Ibidem*, p. 352.

362 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1778.

ilustrar de um modo prático essa hipótese, Schauer pondera que se o presidente da Ford Motor Company transmitisse ao presidente da General Motors informações inteiramente precisas sobre os preços propostos pela Ford para o ano que se aproximava, as consequências mais provavelmente seriam indenização e tempo na penitenciária do que elogios pela contribuição para o mercado de ideias. Tal como a regulamentação de valores mobiliários, Schauer observa que a lei antitruste foi também ocasionalmente verificada pela Primeira Emenda. No entanto, ele destaca que a lei antitruste tem prosseguido sem impedimentos, com as suas restrições ao discurso, defesa e troca de informações precisas, permanecendo fora do alcance da Primeira Emenda.<sup>363</sup>

Schauer coloca em sentido semelhante a lei de direitos autorais, a qual, embora tenha sido objeto de algumas críticas, mantém seu regime difundido de regulamentação de conteúdo e restrição prévia amplamente desimpedido pela Primeira Emenda. Para o autor, ainda menos visível é o grau de irrelevância da Primeira Emenda para a regulamentação baseada em conteúdo de marcas registradas, a lei de fraude constitucionalmente intocada, quase toda a regulamentação de profissões, grandes segmentos do direito civil e aquele vasto domínio do direito penal que lida com conspiração e solicitação criminal.<sup>364</sup>

Após a revisão destes exemplos de áreas específicas do direito norte-americano, Schauer acrescenta ainda que a maioria dos exemplos observados são aqueles em que o discurso é proposicional, em vez de performativo. Segundo o autor, se não restringirmos nossa investigação ao discurso proposicional - isto é, se incluirmos o discurso pelo qual fazemos testamentos, firmamos contratos, damos veredictos, criamos conspirações, consagramos casamentos, admitimos nossos crimes, postamos advertências e fazemos muito mais - fica ainda mais claro que o discurso com o qual a Primeira Emenda está ligeiramente preocupada é apenas um pequeno subconjunto do discurso que permeia todas as partes de nossas vidas<sup>365</sup>.

Uma vez estabelecida a cobertura, podemos mais adequadamente compreender a distinção entre a cobertura e a proteção, a partir de um célebre exemplo a respeito. Schauer aponta que desde *New York Times Co. v. Sullivan*, declarações difamatórias agora estão dentro do escopo da Primeira Emenda, sendo que os padrões de constitucionalidade da punição por difamação podem variar de acordo com a natureza da vítima - se a vítima é um funcionário público, uma figura pública, ou um indivíduo particular - e, possivelmente, de acordo com a natureza do falante - se o orador faz parte

363 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1781, 1782.

364 Ibidem, p. 1783, 1784.

365 Ibidem.



da mídia ou não -, então, embora a obscenidade permaneça fora do escopo da Primeira Emenda, as declarações difamatórias são agora testadas contra os padrões aumentados pela cobertura da Primeira Emenda. E, como estes testes da Primeira Emenda impõem encargos maiores do que o escrutínio padrão da revisão de racionalidade comum, no que diz respeito à proteção, Schauer destaca que a Primeira Emenda faz diferença nas categorias que cobre, mesmo quando o discurso específico que é membro de alguma categoria coberta acaba desprotegido.<sup>366</sup>

Em contrapartida, o autor ressalta que os discursos envolvidos em uma oferta e aceitação de um contrato comum, em uma conversa destinada a fixar preços entre dois executivos corporativos, ou nas palavras usadas por um jogador para fazer uma aposta ilegal com um corretor de apostas ilegal, são desprotegidos, sem a aplicação de um teste de qualquer rigor, e isso porque esses atos - todos os quais são “linguagem” na linguagem comum - simplesmente não são cobertos pela Primeira Emenda, tornando o alto grau de proteção oferecido pela Primeira Emenda inaplicável.<sup>367</sup>

Após vislumbrarmos parte da vasta extensão da comunicação humana que está além dos limites da Primeira Emenda, Schauer reconhece que é tentador supor que a linha entre o que está dentro e o que está fora seja suscetível de explicação teórica. No entanto, para ele, por mais que tentemos teorizar sobre os limites da Primeira Emenda, e por mais bem-sucedida que uma eventual teorização sobre qual ato de expressão é coberto e qual ato de expressão é descoberto possa ser como um empreendimento normativo, esforços em qualquer coisa perto de uma explicação do terreno existente de cobertura e não cobertura são inúteis.<sup>368</sup>

Para Schauer, se examinarmos o discurso que a Primeira Emenda ignora, podemos começar a perceber os limites da Primeira Emenda. Mas, ainda que reconheçamos onde estão essas fronteiras, para ele, esse reconhecimento não nos ajuda a entendê-las e aplicá-las como uma questão de doutrina jurídica. De acordo com o autor, os limites da Primeira Emenda acabam sendo uma função de um conjunto complexo e aparentemente casuístico de fatores que não podem ser - ou pelo menos não foram - reduzidos ou explicados pela doutrina jurídica ou pelas ideias e ideais filosóficos do contexto da Primeira Emenda.<sup>369</sup>

---

366 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1769-1777.

367 SCHAUER. *Out of Range: on patently uncovered speech*, 2015, p. 348.

368 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1784, 1785.

369 *Ibidem*, p. 1768.

Em conformidade com o que sugerimos no início do tópico de que a depender da justificativa utilizada há também diferença na cobertura do princípio, Schauer aponta que embora qualquer explicação sobre qual deve ser o propósito da Primeira Emenda incluirá alguns atos comunicativos e excluirá outros, nenhuma das propostas normativas existentes parece explicar descritivamente muito, muito menos a maioria das inclusões e exclusões existentes da Primeira Emenda.<sup>370</sup>

Nesse sentido, o autor afirma que teorias baseadas em autogoverno ou deliberação democrática têm dificuldade em explicar porque a doutrina agora cobre pornografia, publicidade comercial e arte. Os argumentos da “busca pela verdade” ou do “mercado de ideais”, para o autor, também não conseguem explicar a cobertura de enunciados sem muito valor de verdade, incluindo a autoexpressão em geral e os aspectos autoexpressivos da maior parte da arte e da literatura em particular. Ele destaca que se estivéssemos preocupados em realmente aumentar o conhecimento e expor o erro, está longe de ser claro que protegeríamos tão facilmente a comunicação que é amplamente emotiva e a comunicação que é comprovadamente falsa. Os argumentos da autonomia e da autoexpressão também são para Schauer difíceis de justificar descritivamente, pois para essas teorias, como não está claro de quem é a autonomia e a autoexpressão promovidas, a inclusão do discurso comercial é problemática. Igualmente problemática, segundo o autor, é a inclusão da linguagem claramente prejudicial, tendo em vista que normalmente não se pensa que os direitos à autonomia e à autoexpressão se estendem ao direito de prejudicar os outros.<sup>371</sup>

Assim, a conclusão para Schauer é que, se existe uma única teoria que pode explicar a cobertura da Primeira Emenda, ela ainda não foi encontrada. No entanto, o autor pondera que, se todas as teorias normativas historicamente reconhecidas e mencionadas judicialmente estão disponíveis - autoexpressão, autonomia individual, dissidência, deliberação democrática, a busca pela verdade, tolerância, verificação de abuso governamental e outras - então sua cobertura coletiva é grande a ponto de ser de pouca ajuda para explicar o estado existente de cobertura. Isso porque se todas as teorias puderem ser recrutadas com o objetivo de justificar uma inclusão ou exclusão de cobertura, e se a gama de tais teorias for tão grande e diversa como de fato é, Schauer sentencia que, então, todo o trabalho não está sendo feito pelas teorias, mas por fatores ainda não articulados.<sup>372</sup>

---

370 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1768.

371 Ibidem.

372 Ibidem, p. 1786.

O autor ressalta essa ideia enfatizando que a proliferação de teorias normativas da Primeira Emenda disponíveis produz um universo no qual os fundamentos reais para inclusão e exclusão permanecem camuflados com sucesso. Para Schauer, se estamos procurando explicar este terreno existente ao invés de prescrever como ele deveria ser idealmente, então, seria mais proveitoso procurar em outro lugar. Tendo em vista a falha da teoria normativa da liberdade de expressão em explicar o que atualmente existe a respeito do assunto, Schauer entende que pode ser mais promissor mudar de curso e considerar a possibilidade de que a explicação mais lógica dos limites reais da Primeira Emenda possa vir menos de uma teoria e mais do meio político, sociológico, cultural, histórico, psicológico e econômico em que a Primeira Emenda existe e a partir da qual se desenvolveu.<sup>373</sup>

Assim, o autor observa que um elemento que auxilia a entender o tema é o estudo da saliência constitucional, isto é, o estudo das freqüentemente misteriosas forças políticas, sociais, culturais, históricas, psicológicas, retóricas e econômicas que influenciam quais questões políticas surgem como questões constitucionais e quais não.<sup>374</sup>

Após todas as considerações feitas por Schauer no que diz respeito à cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão, notadamente a multiplicidade de fatores que devem ser levados em conta nessa tarefa, como a justificativa ou o fundamento que estamos utilizando para sopesar o princípio no caso concreto, características do ato de expressão em si – persuasivo ou descritivo, público, privado, com ou sem apoio de uma proposição fática -, se é ou não uma área em que podemos confiar nas distinções feitas pelo Estado, qual é o interesse preponderante, dentre vários outros elementos que Schauer pondera nesse contexto, a única conclusão que se pode esboçar é que, de fato, a tarefa de dizer o que deve ser coberto pelo Princípio da Liberdade de Expressão não é fácil, clara ou mesmo absoluta.

São muitas variáveis que devem ser sopesadas. Mesmo assim, as considerações do autor são extremamente úteis como ferramentas na eventual análise e interpretação de um caso concreto em que se discuta a cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão e a legalidade ou ilegalidade do ato em questão contraposto ao discurso.

### 3.4 O MAGNETISMO DA PRIMEIRA EMENDA

---

373 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1787.

374 Ibidem, p. 1768.

Vimos no tópico anterior que existe uma multiplicidade de fatores que devem ser sopesados dentro da tarefa de definir se um determinado evento será ou não considerado como coberto pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Vimos também que qualquer tentativa de explicar normativamente o que estaria dentro e o que estaria fora da decisão de cobertura não é algo que se possa explicar com coerência a partir das teorias existentes acerca do princípio, eis que a depender do argumento que forma a nossa ótica sobre aquele evento, o resultado da decisão de cobertura pode ser diferente.

Assim, no tópico presente exploraremos um pouco mais a sugestão de Schauer de que um olhar para as circunstâncias fáticas, políticas, psicológicas, culturais e históricas em torno da ideia de liberdade de expressão pode esclarecer, muito mais do que as teorias existentes, esse questionamento a respeito da cobertura do princípio da liberdade de expressão. Esse olhar se inicia com a abordagem do que Schauer chamou de “o magnetismo” da Primeira Emenda e a pressão que esse magnetismo coloca sobre as fronteiras da cobertura do princípio.

Schauer inicia a reflexão observando que, no passado, muitas das questões mais importantes em torno da Primeira Emenda eram questões sobre a natureza e o grau de sua proteção dentro de sua cobertura amplamente reconhecida. De acordo com o autor, agora a pressão parece estar na própria cobertura, com o que parece ser uma tentativa acelerada de ampliar o escopo da cobertura da Primeira Emenda para incluir ações e eventos tradicionalmente considerados distantes de qualquer concepção plausível dos propósitos de um princípio da liberdade de expressão.<sup>375</sup>

Se abandonarmos - pelo menos aqui - a busca de uma teoria normativa de inclusão e exclusão e, em vez disso, buscarmos uma descrição ou explicação, para o autor, nossa busca pode ser mais reveladora, eis que quando definimos nossa tarefa desta forma - como a de explorar a psicologia política da Primeira Emenda - obtemos uma imagem melhor de porque a Primeira Emenda percebe o que realmente percebe e, talvez mais significativamente, porque ignora o que ignora. Consequentemente, segundo Schauer, a cobertura da Primeira Emenda é melhor entendida como o resultado de uma luta competitiva entre vários interesses pela atenção constitucional.<sup>376</sup>

O autor relata ainda que a discussão atual em torno dos limites da liberdade de expressão é muito diferente da que era na época dos fundadores da doutrina. Segundo Schauer, o próprio Mill pensava que a presunção de cobertura se aplicava apenas à expressão de opiniões sobre questões de política, religião, ideologia e políticas públicas e

---

375 SCHAUER. *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, 2015, p. 1616, 1617.

376 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1788.

que havia pouca necessidade de considerar qualquer outra categoria de comunicação humana ao analisar a liberdade de pensamento e discussão. O autor observa que a possibilidade de que os princípios de Mill fossem considerados para apoiar a proteção de publicidade puramente comercial ou a dança nua, por exemplo, estava a mais de um século de distância, de forma que, para ele, dificilmente pode haver qualquer dúvida de que, ao elaborar seu princípio, Mill nunca tenha sequer contemplado sua aplicação a tais categorias de expressão.<sup>377</sup>

Para Schauer, qualquer relato atual da dinâmica política, cultural e econômica da Primeira Emenda deve começar com o que podemos chamar de magnetismo da Primeira Emenda. De acordo com o autor:

Diferentes sociedades têm diferentes argumentos que acabam com o show, mas nos Estados Unidos, costuma ser a Primeira Emenda que cumpre essa função e, portanto, costuma ser a Primeira Emenda que marca as tentativas dos envolvidos no debate jurídico ou político para capturar a superioridade política e retórica. Em algumas culturas, esse papel pode ser desempenhado pelo princípio da igualdade, em outras a autoridade dos fundadores, e em outras ainda as palavras de um texto sagrado. Em diferentes culturas, cada um destes fatores serve como o equivalente retórico a socar o punho na mesa, mas nos Estados Unidos, com uma frequência com a qual os não americanos costumam achar surpreendente, é a Primeira Emenda, em particular, e a liberdade de expressão, em geral, que são as grandes armas prontamente disponíveis e úteis da discussão política e jurídica.<sup>378</sup>

Assim, Schauer ressalta que todas as culturas têm seus símbolos, metáforas e ideias fortes e que entender o terreno retórico de uma sociedade requer entender como os atores públicos procuram se apropriar desses símbolos, metáforas e ideias para suas próprias causas. Segundo o autor, ocasionalmente, esses símbolos são negativos - comunismo, proibição - e os atores políticos procuram se dissociar de símbolos que lembram políticas fracassadas ou grandes males. Mais frequentemente para Schauer é, no entanto, a competição por aqueles que influenciam e fazem a política para reivindicar vários símbolos positivos. O autor exemplifica que um símbolo pode ser uma era histórica, como o período de fundação dos Estados Unidos, a criação do Estado de Israel, o movimento dos direitos civis dos EUA ou a transformação do apartheid na África do Sul, assim como os símbolos podem ser indivíduos específicos, como Thomas Jefferson, Abraham Lincoln, Mao ou Nelson Mandela. Ademais, para ele, os símbolos podem ser artefatos físicos, como a bandeira ou a cruz, podem ser ideias abstratas, como direitos ou igualdade, bem como podem ser livros, como o Alcorão ou a Bíblia.<sup>379</sup>

377 SCHAUER. *Expression and its Consequences*, 2007, p. 710.

378 SCHAUER. *First Amendment Opportunism*, 2000, p. 2. (TPA).

Segundo Schauer, em uma extensão incomparável em um mundo que muitas vezes vê a obsessão da América com a liberdade de expressão como um reflexo de uma negligência insensível de outros valores conflitantes importantes, nos Estados Unidos, a Primeira Emenda, liberdade de expressão e liberdade de imprensa fornecem considerável poder retórico e autoridade argumentativa. Ele frisa que o indivíduo ou grupo do lado da liberdade de expressão freqüentemente parece acreditar, e muitas vezes corretamente, que garantiu a vantagem no debate público, pois a Primeira Emenda não apenas atrai a atenção, mas também causa medo nos corações de muitos que não querem ser vistos como opositores às liberdades que ela consagra.<sup>380</sup>

No entendimento do autor são diversas e complexas as razões pelas quais a Primeira Emenda tem esses efeitos. Uma dessas razões, para Schauer, pode ser que eventos de dissidência e protesto e, portanto, de liberdade de expressão e de imprensa têm um lugar de destaque na concepção popular da história americana. Outra razão relatada por ele pode ser a crença de que a Primeira Emenda foi a primeira porque era a mais importante, e não porque, como foi o caso, ela passou da terceira para a primeira depois que as duas primeiras emendas falharam em garantir a ratificação. Uma terceira razão também observada pelo autor pode ser a qualidade essencialmente negativa da Primeira Emenda, eis que, embora vários valores constitucionais, como federalismo, igualdade e separação de poderes, tenham dimensões positivas e negativas, políticas e princípios, a liberdade de expressão, embora em teoria possa ser definida tanto positiva quanto negativamente, na realidade se desenvolveu mais negativamente, fazendo com que seja entendida em seu cerne sobre a proteção contra o perigo, ao invés de tornar as condições melhores para a liberdade de expressão<sup>381</sup>. Schauer sustenta, assim, que dado que os medos tendem a ser retransmitidos mais do que as esperanças, a competição

---

379 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1789.

380 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1790, 1791.

381 Tais especulações acerca das razões pelas quais a Primeira Emenda é excepcional na jurisdição norte-americana refletem a necessidade de uma compreensão integral acerca dos textos legais, com todo o seu entorno histórico e cultural. Nesse sentido: *“Constituições e estatutos exigem uma compreensão historicamente precisa, tanto quanto possível. Dizer o contrário é negar a sua autoridade para resolver qualquer uma das questões da vida social que precisam ser resolvidas pela lei. Mas Constituições e estatutos - e o que aqueles que os promulgaram escreveram, disseram e intencionavam comunicar e gerar - também precisam ser interpretados como partes de um grande e complexo escopo: os consensos constituintes da comunidade e compromissos entre seus povos constituintes, seus investimentos passados de todos os tipos, suas necessidades presentes, incluindo a superação de fontes atuais de conflito, a sabedoria e a habilidade, e a estreiteza e o egoísmo de seus órgãos legais e outras elites, e muitos outros aspectos de seu bem comum. É apenas como partes deste todo, concebido como orientado para o presente e o futuro bem comum, que as Constituições e decretos podem ter qualquer autoridade legal, ou qualquer pretensão, legal ou moral, para guiar as deliberações presentes de qualquer pessoa.”* SHAPIRO, Scott; COLEMAN, Jules; HIMMA, Kenneth. (eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. (TPA).

para reivindicar o manto da Primeira Emenda, especialmente em um país onde os cidadãos podem nutrir mais desconfiança do governo do que na maioria dos outros lugares do mundo, é previsivelmente feroz.<sup>382</sup>

Além disso, o autor destaca que uma das principais razões para estes efeitos é que, certamente, contar com a Primeira Emenda é não surpreendentemente uma boa maneira de atrair a atenção e a simpatia da imprensa, uma vez que a imprensa não é nem de longe tão desinteressada como observadora das controvérsias da Primeira Emenda quanto é das questões constitucionais envolvendo o devido processo legal, igualdade, federalismo ou os direitos dos réus criminais, por exemplo. Consequentemente, Schauer ressalta que um argumento da Primeira Emenda tem uma ressonância especial com as mesmas pessoas que influenciam substancialmente quais tópicos se tornarão públicos e quais não.<sup>383</sup>

Após ter imaginado as razões pelas quais a Primeira Emenda tem esse certo magnetismo, Schauer reconhece que todas as suas afirmações empíricas a respeito são testáveis e possivelmente falsas. No entanto, mesmo assim, para ele tais afirmações parecem explicar uma parte substancial do efeito magnético da Primeira Emenda.<sup>384</sup>

No que diz respeito às consequências da força magnética da Primeira Emenda, Schauer expõe que essa força magnética provavelmente gerará duas consequências diferentes. Em primeiro lugar, o autor afirma que espera-se que os atores na arena pública confiem na Primeira Emenda para pressionar suas causas, acreditando, muitas vezes com justificativa, que isso atrairá aliados, gerará atenção favorável da imprensa e despertará simpatia em outros atores. Em segundo lugar, o autor pondera que os advogados que representam clientes com reivindicações e causas não necessariamente dentro das preocupações tradicionais da Primeira Emenda têm motivos para adicionar argumentos da Primeira Emenda às suas reivindicações centrais ou modificar suas reivindicações principais para conectá-las aos argumentos da Primeira Emenda, na esperança de que assim aumentem a sua probabilidade de sucesso.<sup>385</sup>

Além disso, para Schauer, agora que os argumentos da Primeira Emenda vêm tanto, senão mais, da direita política quanto da esquerda política, aumentou a probabilidade de que os argumentos da liberdade de expressão encontrem um público solidário, seja nos tribunais, em domínios políticos ou no debate público. O autor frisa que o advogado ou o cliente oportunista que busca uma forma de contestar alguma forma de

---

382 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1790, 1791.

383 *Ibidem*, p. 1791-1793.

384 *Ibidem*, p. 1793.

385 *Ibidem*, p. 1795.

regulamentação ou processo pode agora ter mais confiança de que um argumento da Primeira Emenda não será recebido com desprezo político ou incredulidade doutrinária.<sup>386</sup>

Schauer pondera ainda que é importante reconhecer que vitórias doutrinárias freqüentemente surgem de perdas doutrinárias, eis que a verdadeira questão não é tanto sobre quais argumentos prevalecerão, mas sobre quais argumentos serão tratados como frívolos ou ridículos, e quais argumentos não serão. Uma vez que um argumento é levado a sério e sai da categoria de ser objeto de ridículo judicial, público ou acadêmico, o autor explica que o argumento caminha para a aceitação final. Para Schauer ainda que nem todos os argumentos levados a sério prevaleçam no longo prazo, ser levado a sério, mesmo em caso de perda, muitas vezes parece ser a causa para a promoção em ocasiões futuras, ou seja, de ser levado ainda mais a sério em ocasiões futuras e, conseqüentemente, de ser finalmente aceito.<sup>387</sup>

O denominado magnetismo da Primeira Emenda também foi tratado por Schauer, em sentido semelhante, sob a rubrica do oportunismo da Primeira Emenda. Nesse sentido, o autor recorda o ditado tradicional do advogado de que se você não tem a lei do seu lado, “discuta os fatos”, e se você não tem os fatos do seu lado, “discuta a lei”. Para o autor, por trás desse ditado está a ideia básica de que, com bons advogados, o contencioso é estratégico, no sentido da busca pelas melhores formas de argumentação que lhes darão as melhores chances de triunfo. Visto por essa perspectiva, Schauer afirma que o advogado em geral é necessariamente e adequadamente oportunista, eis que a maioria dos advogados que levantam reivindicações ou defesas constitucionais não o faz por seu próprio compromisso com certos princípios constitucionais, mas sim porque acredita que o argumento constitucional aumentará sua probabilidade de vitória. E, em geral, o autor aponta que o mesmo vale para seus clientes, os quais, na maioria dos casos, preferem ganhar com quaisquer meios legais disponíveis.<sup>388</sup>

Schauer ressalta que quando tomados juntos, estes dois fenômenos reforçam um ao outro e produzem um ambiente no qual a força magnética da Primeira Emenda atrai tópicos e reivindicações que de outra forma estariam além dos limites da Primeira Emenda, e no qual esse litígio, então, atrai um certo grau de imprensa, atenção do público e dos grupos interessados, o que contribui ainda mais para a força magnética da Primeira Emenda. O resultado, para o autor, é que podemos esperar que esse ciclo traga para a Primeira Emenda problemas que antes estavam fora de seu domínio e, em contrapartida, nenhuma força equivalente empurra para fora os problemas que estavam dentro dela,

---

386 SCHAUER. *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, 2015, p. 1628, 1629.

387 *Ibidem*, p. 1629.

388 *Ibidem*, p. 1624, 1625.



evidenciando então uma considerável pressão externa sobre os limites da Primeira Emenda.<sup>389</sup>

O autor destaca ainda que essa pressão externa é aumentada na medida em que os próprios tribunais se envolvem na mesma forma de oportunismo da Primeira Emenda que os defensores e grupos interessados quando, após terem tomado suas decisões e precisam escolher entre várias justificativas plausíveis para essas decisões, os tribunais não surpreendentemente buscam justificativas com maior recurso persuasivo, como o princípio da liberdade de expressão. Nesses casos, Schauer entende que os tribunais se comportam como outros que procuram persuadir, reconhecendo que confiar na Primeira Emenda é freqüentemente uma estratégia sábia, mesmo quando não é a fonte mais direta de apoio doutrinário.<sup>390</sup>

De acordo com o autor, embora muitas das forças que operam nas fronteiras da Primeira Emenda tendam a empurrá-la cada vez mais para fora, permanece o caso de que esse movimento externo está longe de ser infinito e que grandes áreas de comunicação ainda permanecem intocadas pela Primeira Emenda. No entanto, para ele, uma vez que vimos que os contornos do que a Primeira Emenda toca são substancialmente influenciados por fatores não doutrinários, podemos ver também que fatores não doutrinários semelhantes também podem explicar por que a Primeira Emenda não toca o que ainda não toca.<sup>391</sup>

Um possível fator não doutrinário que ajuda a explicar as determinações judiciais ou entendimentos sociais da não cobertura relatado por Schauer pode ser a existência de um litigante simpático ou uma classe de litigantes simpáticos. Schauer destaca que os litigantes na vanguarda dos avanços genuínos da Primeira Emenda foram individualmente solidários ou, pelo menos, foram partes que os tribunais e parte do público provavelmente perceberiam como tendo sido indevidamente ou injustamente perseguidos. Conforme o autor exemplifica, não apenas a difamação foi trazida para a Primeira Emenda sobre os ombros dos simpáticos litigantes em *New York Times Co. v. Sullivan*, como o mesmo fenômeno existe também em outras áreas de expansão da Primeira Emenda.<sup>392</sup>

Schauer acrescenta que até mesmo os avanços significativos na lei de obscenidade vieram em grande parte como consequência do processo na década de 1960 de obras de literatura plausivelmente sérias, como *O Amante de Lady Chatterley*<sup>393</sup> e

---

389 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1795, 1796.

390 Ibidem, p. 1796, 1797.

391 Ibidem, p. 1800.

392 Ibidem, p. 1803, 1804.

393 LAWRENCE, David Herbert. *O Amante de Lady Chatterley*. 1. ed. São Paulo: Penguin – Companhia, 2010.

*Fanny Hill ou Memórias de uma Mulher de Prazer*<sup>394</sup>. Embora o autor reconheça que pessoas que provavelmente não convidaríamos para almoçar tenham sido as principais forças na cristalização e no reforço da doutrina da Primeira Emenda, ele entende que as regras doutrinárias parecem frequentemente ter surgido inicialmente no contexto de litigantes relativamente mais simpáticos.<sup>395</sup>

Ainda na esteira das forças que operam nas fronteiras da Primeira Emenda, Schauer aponta que possivelmente ainda mais significativo é a presença ou ausência de um esquema regulatório bem estabelecido, pois a maioria dos domínios nos quais a regulamentação baseada sobre o conteúdo do ato de expressão proposicional persistiu sem ser impedida pela Primeira Emenda foram domínios em que um esquema regulatório elaborado e muitas vezes administrado por uma agência dedicada a essa forma de regulamentação já estava em vigor. O autor indica como exemplos as funções bem desenvolvidas da Comissão de Valores Mobiliários, Conselho Nacional de Relações do Trabalho, Comissão Federal de Comércio, Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, Escritório do Registro de Direitos Autorais, regimes de regulamentação profissional e vários outros mecanismos estabelecidos. No tocante a estes regimes regulatórios, Schauer destaca que uma coisa é dificultar a regulamentação de um certo tipo de enunciado, mas outra coisa é desmontar uma estrutura regulatória de longa data.<sup>396</sup>

Nessa altura, o norte americano afirma que podemos retornar ao magnetismo da Primeira Emenda e sua capacidade de colocar algumas questões da Primeira Emenda no centro da atenção do público e da mídia. O autor inicia a conclusão do raciocínio ponderando que, como muitos dos exemplos aqui sugerem, a cobertura pode frequentemente ser uma função simplesmente da visibilidade persistente da retórica da Primeira Emenda, e a não cobertura pode, inversamente, ser uma função do fracasso de tal retórica em se estabelecer.<sup>397</sup>

Conforme vimos no tópico anterior, são muitos os fatores que influenciam na cobertura pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Schauer afirma que se olharmos mais sistematicamente do que seria possível em seu trabalho para o universo de exemplos de cobertura e não cobertura, podemos descobrir que o magnetismo da Primeira Emenda desempenha um grande papel na determinação de quais decisões de não cobertura são contestadas. Além disso, para o autor, a existência de litigantes atraentes e um gancho para os itens ou tópicos tradicionais da Primeira Emenda,

394 CLELAND, John. **Fanny Hill ou Memórias de uma mulher de prazer**. Porto Alegre: L&PM, 2006.

395 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1804.

396 Ibidem, p. 1805, 1806.

397 Ibidem, p. 1807.

juntamente com a inexistência de um esquema regulatório estabelecido, pode acabar por explicar - tanto quanto, senão mais do que os fatores doutrinários convencionais - quais dos desafios serão bem-sucedidos e quais não. Em última análise, para o autor, o fator mais significativo na determinação da forma da Primeira Emenda pode ser a capacidade dos defensores de colocar suas reivindicações da Primeira Emenda na agenda pública, pois quando esses defensores têm sucesso em fazê-lo, os limites da Primeira Emenda parecem mais propensos a se expandir.<sup>398</sup>

Segundo Schauer, esse cenário pode muito bem apoiar a possibilidade de que no futuro possa haver uma maior receptividade a ataques inspirados pela Primeira Emenda às leis de valores mobiliários, leis antitruste, leis de proteção ao consumidor, leis farmacêuticas e outras leis de rotulagem de produtos. Ele ressalta que esses ataques, mesmo no passado recente e em grande parte ainda agora, foram considerados risíveis, mas, para Schauer, o riso, especialmente no direito constitucional, tem suas dimensões culturais, políticas, ideológicas e de opinião pública. Daí que o autor pondera que não seria surpreendente ver o aumento da receptividade judicial e do consequente uso pelos advogados dos argumentos baseados na Primeira emenda contra os regimes regulatórios, a respeito dos quais pensava-se até recentemente que não implicavam em problemas dessa ordem.<sup>399</sup>

Com efeito, Schauer reconhece que talvez novas ferramentas doutrinárias, como maior complexidade da doutrina, por exemplo, incluindo, mas não se limitando a novos níveis de escrutínio ou novos testes de domínio específico, possam ser desenvolvidas para lidar com algumas dessas questões. Porém, o autor destaca que se a confluência de uma série de desenvolvimentos recentes provavelmente colocará uma pressão externa cada vez maior sobre a cobertura da Primeira Emenda, então, é importante considerarmos as implicações doutrinárias que uma cobertura maior pode produzir.<sup>400</sup>

Assim, quanto ao magnetismo da Primeira Emenda e a pressão que esse magnetismo coloca sobre os limites da cobertura, Schauer conclui frisando que a Primeira Emenda emergiu, para além da doutrina, como o argumento de escolha dentro e fora da arena legal. O autor entende que dificilmente se pode dizer que aqueles que escolheram essa estratégia estão equivocados, na medida em que identificaram e se apoderaram do lugar retórico da Primeira Emenda na argumentação política e jurídica americana e buscaram, quase irracionalmente, usar esse fenômeno em apoio às suas causas. Schauer finaliza essa reflexão ponderando que é apenas quando pudermos explicar

---

398 SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1807.

399 SCHAUER. *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, 2015, p. 1633, 1634.

400 *Ibidem*, p. 1636.

totalmente as causas e as consequências desse fenômeno e, assim, quando apreciarmos totalmente a psicologia política e a doutrina da Primeira Emenda, que teremos dado um grande passo em direção à compreensão do papel único que a Primeira Emenda passou a ter na política constitucional americana e da maneira como esse papel, tanto quanto a doutrina, determinou os contornos da própria Primeira Emenda.<sup>401</sup>

### 3.5 AS DIMENSÕES DA COERÇÃO

Esclarecida a distinção entre cobertura e proteção, bem como esclarecida a característica magnética da Primeira Emenda que aumenta a pressão sobre as suas fronteiras, cabe agora aprofundar sobre mais um elemento importante para pensarmos teoricamente o princípio da liberdade de expressão e para entendermos de que modo a sua função coercitiva se desenvolve na prática. Trata-se da abordagem das diferentes dimensões da coerção do Princípio da Liberdade de Expressão.

Para Schauer, existe um consenso generalizado de que a liberdade de expressão inclui, no mínimo, algum grau de imunidade à coerção ou à punição governamental direta. Assim, ele entende que pode ser útil nos perguntarmos se a liberdade de expressão é mais do que apenas liberdade de sanção ou controle governamental, isto é, se a liberdade de expressão é um conceito que incorpora em alguns casos mais de uma noção de liberdade *para* e não liberdade *de*.<sup>402</sup>

Como exemplos, o autor aponta que dar uma recompensa em dinheiro para aqueles que se abstêm de criticar o Estado e nada para aqueles que o criticam pode não ser uma punição no sentido estrito, assim como podemos dizer que não é punição em sentido estrito se fossem impostas taxas sobre as atividades comunicativas, ou se os críticos do governo fossem inelegíveis para empregos públicos ou benefícios da previdência social. No entanto, Schauer destaca que em cada um desses casos, uma pessoa não recebe algo que teria recebido se não fosse pelo ato da palavra, e em cada caso o efeito será a influência sobre o comportamento, embora por métodos não idênticos aos do direito penal.<sup>403</sup>

Para esclarecer esse tipo de situação, Schauer expõe que é importante reconhecer duas distinções cruciais. A primeira relatada pelo autor é a distinção entre situações de escolha necessária e situações de escolha desnecessárias. Ele observa que uma situação de escolha necessária ocorre quando há recursos escassos que exigem

---

401 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1809.

402 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 116.

403 Ibidem.

alocação por necessidade, seja dinheiro, espaço nas prateleiras de uma biblioteca, páginas em um jornal ou cargos no governo, situações em que a existência de um recurso escasso significa que escolhas devem ser feitas. Por outro lado, onde os recursos não são escassos, o autor ressalta que não há necessidade de fazer escolhas, situações que ele chama de situações de escolha desnecessária. Os exemplos para o autor seriam benefícios de bem-estar social disponíveis para todos os que atendem aos requisitos básicos de elegibilidade ou deduções fiscais disponíveis para todos os contribuintes.<sup>404</sup>

Schauer pondera que a questão a ser feita ao decidir se há uma situação de escolha necessária ou situação de escolha desnecessária é se a escolha é inerente à natureza daquele recurso, sendo que traçar essa distinção torna possível separar aqueles casos que envolvem considerações de liberdade de expressão daqueles que não o fazem. Daí que o autor ressalta que, a partir dessa distinção, inicialmente, podemos dizer que a existência de uma escolha baseada no ato de expressão em uma situação de escolha desnecessária envolve claramente problemas de liberdade de expressão.<sup>405</sup>

A segunda distinção importante apresentada por Schauer a respeito desse ponto das dimensões da coerção do princípio da liberdade de expressão é a distinção entre critérios relevantes para a escolha e critérios irrelevantes para a escolha, a qual se aplica à situação de escolha necessária. O autor exemplifica a ideia explicando que se aqueles que defendem as visões comunistas fossem excluídos dos cargos de manutenção no Departamento de Obras Públicas, e se aqueles que defendem as visões comunistas fossem excluídos dos cargos de formulação de políticas no Departamento de Estado dos Estados Unidos, há uma diferença importante entre os dois casos, sendo que somente neste último caso o critério de persuasão política é relevante para o que é, em ambos os casos, uma situação de escolha necessária.<sup>406</sup>

Schauer ressalta que a questão envolve definir adequadamente os objetivos da empreitada, pois se o propósito de uma biblioteca pública é a educação do público para os princípios atualmente em vigor, então, uma seleção de livros que se adequam a esses princípios é relevante e, portanto, permissível. Mas se uma biblioteca pública é considerada como uma instituição dedicada ao desenvolvimento da capacidade intelectual de maneira neutra, ou à satisfação da curiosidade intelectual do público, o autor frisa que, então, a seleção dos livros por qualidade intelectual é relevante, mas a seleção por conteúdo político, não.<sup>407</sup>

---

404 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 118.

405 Ibidem.

406 Ibidem, p. 118, 119.

407 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 118, 119.

Com o objetivo de pensarmos a dimensão da coerção, Schauer destaca ainda que devemos primeiro examinar o propósito subjacente da escolha envolvida. Segundo o autor:

Tenho o direito de acreditar que o mundo é plano ou que a astrologia nos diz mais sobre o universo do que as teorias de Newton e Einstein. Também tenho o direito de expressar essas opiniões a qualquer pessoa tola o suficiente para ouvir. Mas, se sou professor de física em uma grande universidade, é tolice contestar que tais declarações públicas podem validamente fazer meus superiores se perguntarem se talvez eu não esteja no ramo errado de trabalho e agir de acordo com isso. Quando olhamos para casos como este, podemos ver que a questão geralmente não é se a censura existe, mas que se trata de uma censura baseada em critérios com os quais o falante não concorda. Esta é uma distinção importante e que ajuda a expor muitas reivindicações de liberdade de expressão como falsos problemas.<sup>408</sup>

Além da questão das distinções cruciais entre escolhas necessárias e desnecessárias e entre critérios relevantes e irrelevantes, Schauer entende que devemos levar em conta a dimensão da coerção privada da liberdade de expressão. De acordo com o autor, a intolerância privada é uma diferença de tipo e não uma diferença de grau. Ele afirma que a ausência de interferência governamental deixa a escolha com os participantes do processo comunicativo. Para Schauer, a escolha social, entretanto, não é o mesmo que punição governamental, pois se o governo é, em um sentido amplo, o servo do povo, ele está, nessa medida, comprometido com uma posição de neutralidade entre ideias concorrentes. Schauer frisa que o governo tira suas ideias da população, não as inicia e, nessa medida, a escolha privada é inevitável e a escolha governamental frequentemente supérflua. Assim, o autor destaca que a separação entre o indivíduo e o governo é central para o Princípio da Liberdade de Expressão, e essa característica se perde quando, seguindo Mill, combinamos intolerância social e intolerância governamental.<sup>409</sup>

Para evidenciar esse tipo de situação, o autor aponta que se o *The Times* se recusa a publicar seu artigo, em certo sentido ele foi censurado, mas se o Estado diz ao *The Times* para publicar aquele artigo, então, o *The Times* foi censurado. Daí que o autor pondera que o ato de censura por um agente privado pode, em muitos casos, ser um ato de fala desse agente, e remediar esse ato de censura por um agente privado pode ser uma restrição governamental a esse ato de fala. Schauer ressalta que curamos a censura privada apenas pela imposição da censura pública, o que demonstra que essa dimensão

408 Ibidem, p. 119. (TPA).

409 Ibidem, p. 121, 122.

adicional de supressão privada como um ato de fala torna a noção de censura privada quase autocontraditória.<sup>410</sup>

Schauer afirma que o que ele deseja enfatizar a esse respeito é que os direitos no sentido do direito privado são muito diferentes dos direitos morais ou políticos contra a interferência do Estado, eis que quando fazemos um apelo aos princípios da liberdade de expressão, normalmente nos referimos a direitos contra o Estado ou a uma liberdade residual que reconhece a liberdade de interferência do Estado. Desse modo, o autor conclui ponderando que aquele que reivindica um direito de liberdade de expressão contra uma pessoa privada deve perceber que está desbravando novos caminhos e que os argumentos para tal direito não são necessariamente decorrentes dos argumentos de um Princípio da Liberdade de Expressão. Com efeito, o autor concede que o reconhecimento de tal afirmação pode ter valor, mas isto exigiria, segundo ele, um argumento desenvolvido ao longo de caminhos substancialmente diferentes.<sup>411</sup>

Uma última característica das dimensões da coerção que Schauer pondera diz respeito ao momento da coerção e, mais especificamente, sobre o conceito de censura prévia. Para o autor, a história da doutrina da liberdade de expressão foi permeada por essa distinção baseada apenas na forma prévia da censura, forma esta que constituiu o mal primário contra o qual muitos dos primeiros escritos sobre liberdade de imprensa foram direcionados. O autor recorda que a *Areopagitica*<sup>412</sup> de Milton se dirige exclusivamente ao problema da censura prévia representada pelo licenciamento de livros e jornais, sendo esta a única forma de restrição que Milton julgou errada. Desde que nenhum censor impedisse a primeira publicação de material impresso, Schauer ressalta que Milton não via objeções à punição subsequente com base no conteúdo do livro.<sup>413</sup>

Conforme explica o autor, essa dicotomia entre censura prévia e punição posterior reflete-se na doutrina jurídica contemporânea e, nesse contexto, a questão apresentada é se podemos justificar essa aversão especial à censura prévia. Sob a doutrina da censura prévia, o autor destaca que o momento da ação governamental comanda a um resultado diferente ou ergue uma barreira mais alta para a justificação. Para ele, entretanto, esta distinção parece ser sem justificativa mediante uma análise mais detalhada.<sup>414</sup>

Com efeito, o autor reconhece que acredita-se que várias características dos sistemas de censura prévia justifiquem a apreensão especial de tais restrições, como o ponto de que os padrões são frequentemente amplos e vagos, a existência de supressão

---

410 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 122, 123.

411 Ibidem, p. 125.

412 MILTON. *Areopagitica*, 1918.

413 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 148, 149.

414 Ibidem, p. 149, 150.

baseada em preconceitos, animosidades pessoais e um risco especialmente alto de erro de supressão excessiva. O autor reconhece ainda que a censura prévia não permite que a matéria seja dita ou impressa uma única vez, mantendo a informação totalmente fora do alcance do público, o que é uma característica inexistente na punição posterior.<sup>415</sup>

No entanto, Schauer destaca que a justificativa para uma doutrina da censura prévia entra em colapso quando olhamos para a questão em termos do que qualquer regra de liberdade de expressão é projetada para realizar. Segundo o autor, a existência de uma sanção, prévia ou subsequente, significa que algumas palavras foram consideradas fora da proteção do Princípio da Liberdade de Expressão. E é nesse sentido que, para o autor, a punição subsequente pode ter o efeito de suprimir efetivamente o ato de expressão protegido, ainda mais do que a censura prévia, pois se, por exemplo, a pena por distribuir um filme obsceno é cinco anos de prisão, e se as sentenças dessa magnitude são impostas com alguma regularidade, então, o efeito é impor a um suposto produtor ou distribuidor de filmes uma certa dose de cautela. Schauer acrescenta ainda que, obviamente, os procedimentos legais nem sempre são "corretos" ou certos em seus resultados, fazendo com que não seja improvável que alguns filmes que não sejam de fato obscenos sejam considerados obscenos por um tribunal. Entre a possibilidade de tal resultado e a imprecisão do padrão jurídico aplicável, Schauer afirma que, como consequência, um produtor racional se absterá de produzir qualquer coisa que se aproxime do limite, mesmo que o filme não seja de fato obsceno.<sup>416</sup>

Daí que o autor destaca que o efeito da possibilidade de punição será impedir que algumas publicações sejam feitas ou distribuídas mesmo que não devam ou não sejam efetivamente punidas, evidenciando que onde a punição subsequente é a regra, os materiais limítrofes nunca vêm a luz do dia. O autor ressalta que, em contrapartida, este risco não está presente em um sistema de censura prévia, já que neste sistema os materiais que são protegidos, embora não totalmente, têm maior probabilidade de surgir.<sup>417</sup>

De acordo com Schauer, o mesmo pode ser dito dos argumentos baseados na suposição de que, sob um sistema de punição posterior, algo pode ser dito pelo menos uma vez. A resposta curta para isso fornecida por ele é que onde a punição posterior é a regra, simplesmente não é verdade que todo o material aparecerá pelo menos uma vez, eis que uma avaliação dos efeitos dissuasivos de um sistema de responsabilidade

---

415 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 150.

416 Ibidem, p. 151.

417 Ibidem.



criminal ou civil mostra imediatamente que um esquema de punição posterior impede a publicação, da mesma forma que um esquema de licenciamento.<sup>418</sup>

Novamente, o autor admite que muitas das objeções baseadas na discricionariedade, nos motivos e nas qualificações dos censores são bastante válidas, mas essas falhas, para ele, embora sejam mais frequentemente associadas à censura prévia, não são necessariamente parte delas. Schauer explica que quando estamos falando de punições posteriores também pode haver discricionariedade administrativa irrestrita, com frequente supressão excessiva. Assim, quanto ao momento da censura e o foco da tradição na censura prévia, o autor conclui que a doutrina da censura prévia concentra-se no momento amplamente irrelevante da restrição, em detrimento da atenção às falhas que são a fonte real da objeção. Segundo o autor, embora infelizmente esse fator permaneça obscuro pela obediência contínua à doutrina da censura prévia, o importante é a identidade e a discricionariedade daqueles que restringem, e não o momento da restrição.<sup>419</sup>

Estabelecidas tais peculiaridades acerca das dimensões da coerção do princípio da liberdade de expressão, em seguida, veremos mais um elemento importante na compreensão teórica e prática do princípio da liberdade de expressão, qual seja, a existência de danos enquanto consequência do ato de fala.

### 3.6 A EXISTÊNCIA DE DANOS

No capítulo sobre o fundamento do dano menos grave, vimos que não é provável que os danos ocasionados pelo ato de expressão sejam menos graves do que os danos ocasionados por outros tipos de atividade, motivo pelo qual referida hipótese não se sustentou enquanto eventual pressuposto teórico para um Princípio da Liberdade de Expressão. Assim, permaneceu aberta a questão de como os danos decorrentes do ato de expressão são computados dentro da doutrina e da jurisprudência e qual é exatamente a avaliação que Schauer faz a respeito desse panorama, o que veremos em seguida.

Acerca da relação entre os danos e a liberdade de expressão, Schauer afirma:

A capacidade que a liberdade de expressão tem de causar danos de diversas maneiras compete com o objetivo de proteção forte da liberdade de expressão (e da liberdade de imprensa), e é um lugar-comum dizer que sistemas robustos de liberdade de expressão protegem o discurso não porque seja inofensivo, mas apesar dos danos que ele pode causar. Considerando que a doutrina da Primeira

418 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 152.

419 Ibidem.

Emenda existente protege aqueles que negligentemente e erroneamente acusam funcionários públicos e figuras públicas de comportamento criminoso, imuniza editoras de responsabilidade civil que causam lesões corporais ou morte e protege aqueles que incentivam com sucesso atos criminosos violentos, dificilmente pode ser negado que uma das principais consequências de uma abordagem altamente protetora da liberdade de expressão e de imprensa é a de proteger do alcance legal um conjunto de comportamentos que poderiam, caso contrário, ser punidos e um conjunto de danos que poderiam ser, de outro modo, compensados.<sup>420</sup>

O autor pondera que a Primeira Emenda sempre teve uma relação delicada com o dano, pois muita retórica pública, comentários acadêmicos e até mesmo a doutrina jurídica parecem frequentemente negar essa dimensão agora bem compreendida da liberdade de expressão, com afirmações de que o ato de expressão é geralmente menos prejudicial do que a conduta, ou com atribuições dos danos aos ouvintes, cuja pele fina é supostamente a fonte e a causa do problema, e não o que algum falante disse.<sup>421</sup>

Segundo Schauer, com frequência, a Suprema Corte tem sido cúmplice em negar ou minimizar a capacidade de produção de danos decorrentes da expressão, enquadrando até mesmo suas decisões da Primeira Emenda mais fortemente protetivas da liberdade de expressão de uma forma que enfatiza muito mais a importância do ato de expressão, e não a possibilidade de que até mesmo o ato de expressão que protegemos legitimamente tem uma substancial capacidade de produção de danos. Nesse sentido, Schauer recorda justificativas clássicas dos juízes da Suprema Corte, como a opinião do juiz Harlan em *Cohen v. Califórnia* de que tudo o que precisamos fazer é desviar nossos olhos, ou a necessidade de reconhecer as responsabilidades de viver em uma democracia aberta, como na opinião de pluralidade agora obsoleta do juiz Brennan em *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, ou a confiança no contra-discurso para remediar os danos do ato de expressão falso, como na alegação feita em *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de que, de acordo com a Primeira Emenda "não existe uma ideia falsa", ou a confiança no mercado de ideias para separar a verdade da falsidade, como está para o autor explícito em *Gertz* e implícito em *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, todas evidenciando que não precisamos nos preocupar muito com o ato de expressão prejudicial.<sup>422</sup>

Tendo em vista esta tradição, Schauer afirma que houve três casos que destoaram dessa tendência ao colocarem os danos de forma mais direta na agenda da liberdade de expressão. Em primeiro lugar, o autor afirma que está o caso *Estados Unidos v. Stevens*, em que o Tribunal tratou de uma restrição federal sobre filmes que retratam e que normalmente são produzidos em conjunto com o pior tipo de crueldade

420 SCHAUER. *Uncoupling Free Speech*, 1989, p. 1321, 1322. (TPA).

421 SCHAUER. *Harm(s) and the First Amendment*, 2012. p. 1, 2.

422 *Ibidem*, p. 3, 4.

com os animais. Em segundo lugar, ele elenca o caso *Snyder v. Phelps*, que avaliou a questão de se a Primeira Emenda permitiria uma ação indenizatória pela família de um soldado morto por inflição intencional de sofrimento emocional contra um grupo que decidiu que o funeral do soldado era o fórum apropriado para avançar sua campanha contra a homossexualidade. Em terceiro lugar, Schauer coloca o julgamento *Brown v. Entertainment Merchants Association*, ocasião em que a Suprema Corte avaliou a restrição do acesso por menores a videogames interativos nos quais estes menores podiam experimentar a emoção de matar, mutilar e desrespeitar a lei.<sup>423</sup>

Schauer destaca que em nenhum desses casos uma alegação de ausência de danos foi levada a sério e, portanto, para ele, estes três casos que foram julgados a favor do orador e contra a restrição representam o confronto mais sólido da Suprema Corte com o dano gerado pela liberdade de expressão. Ainda, segundo o autor, o fato de a Suprema Corte ter feito isso de forma um tanto evasiva e desfocada pode ser atribuído ao seu desejo de evitar a questão central, mas também pode ter muito a ver com o fato de que os três casos, embora apresentem todos danos claros, tenham envolvido danos de tipos muito diferentes. Ao separar essa trilogia de danos, Schauer afirma que podemos compreender melhor essa relação delicada entre o dano e a liberdade de expressão e talvez começar a entender como a doutrina pode acomodá-la, motivo pelo qual, a seguir, veremos com mais detalhe cada um dos casos.<sup>424</sup>

Quanto ao caso *Estados Unidos v. Stevens*, Schauer relata que em 1999 o Congresso promulgou o ato 18 USC § 48,17 que tornou crime federal criar, vender ou possuir no comércio interestadual qualquer "*representação de crueldade contra animais*", definindo esse termo para abranger material visual ou auditivo contendo "*conduta na qual um animal vivo é intencionalmente mutilado, torturado, ferido ou morto*". O autor observa que o estatuto foi aprovado em resposta à aparente proliferação de vídeos nos quais animais vivos eram lentamente esmagados, torturados ou mutilados, normalmente em um contexto sexualizado e geralmente voltado para pessoas com um fetiche sexual muito específico.<sup>425</sup>

Nesse julgamento, Schauer afirma que a Suprema Corte invalidou o estatuto por motivos de excesso, em razão dos relatos dos *amici curiae* de que o estatuto, conforme redigido, se estenderia muito além de vídeos de esmagamento, e muito além da glorificação de representações de atos ilegais, podendo abranger uma ampla gama de representações legítimas e valiosas de caça e aventura, além de cobrir algumas

---

423 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 4, 5.

424 Ibidem.

425 Ibidem, p. 5.

representações com o objetivo político de chamar a atenção para os males da crueldade contra os animais. Como a largura exagerada, na opinião da Suprema Corte, era tão substancial, o autor explica que não se viu a necessidade de abordar a questão de se a Primeira Emenda permitiria um estatuto estreitamente adaptado para alcançar apenas vídeos de esmagamento, fazendo com que, ao final, para Schauer, a Suprema Corte tenha deixado a impressão de que os danos aos animais decorrentes desses vídeos eram aqueles que uma sociedade com um forte compromisso com a liberdade de expressão simplesmente teria que suportar.<sup>426</sup>

Ja no que diz respeito ao caso *Snyder v. Phelps*, Schauer afirma que ele não surgiu no contexto de um processo criminal, como em *Stevens*, mas em um processo civil por imposição intencional de sofrimento emocional e delitos relacionados que foi movido pela família do cabo Matthew Snyder, que havia sido morto enquanto estava em serviço no Iraque. O autor expõe que a família de Snyder planejou um funeral em uma igreja católica em sua cidade natal e que no dia do funeral, Fred Phelps e outros manifestantes da Igreja Batista Westboro chegaram ao funeral e se envolveram em uma manifestação em vias públicas dentro do campo de visão dos participantes do funeral, assim como haviam feito em quase 600 funerais militares anteriores. Schauer ressalta que o motivo por trás da manifestação não tinha nenhuma relação com Matthew Snyder ou a sua família pessoalmente, exceto o fato de que ele havia morrido durante o serviço militar. O autor explica que a demonstração foi inspirada pela crença de Phelps e outros membros da Igreja Batista Westboro de que a morte de soldados americanos, bem como outras calamidades americanas, foram o produto da vingança de Deus contra os Estados Unidos por sua tolerância com a homossexualidade em geral e nas forças armadas em especial. Correspondentemente, Schauer expõe que as placas carregadas por Phelps e outros na manifestação refletiram essa crença, com anúncios de que “*Deus odeia bichas*”, “*Deus odeia os EUA / Graças a Deus pelo 11 de setembro*”, “*Padres estupram Garotos*” e “*Graças a Deus pelos Soldados Mortos.*”<sup>427</sup>

Tal como em *Stevens*, Schauer ressalta que a Suprema Corte concluiu que o conteúdo decorrente da liberdade de expressão era conteúdo relacionado a um assunto de interesse público, o que conferia ao discurso de Phelps um grau de “proteção especial” sob a Primeira Emenda, acompanhado do entendimento de que os manifestantes de Westboro tinham o direito de estar onde estavam, obedeceram a todos os regulamentos

---

426 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 8-10.

427 Ibidem, p. 10, 11.

relevantes e instruções da polícia, bem como não eram indisciplinados, profanos ou violentos.<sup>428</sup>

Schauer destaca que a conclusão final da Corte em *Snyder* foi enfática e irrestrita: por maior a dor que os protestos tenham causado aos Snyders, e Schauer relata que a Corte usou essa mesma palavra, a Primeira Emenda não permitiria uma restrição aos oradores que a causaram, especialmente onde a dor foi causada por um "discurso público" sobre questões de "importância pública". Como um caso sobre a Primeira Emenda e danos, o autor ressalta que *Snyder* representa uma declaração clara, entre as mais claras que a Suprema Corte já emitiu, sobre até que ponto a Primeira Emenda protege até mesmo o ato de expressão pessoalmente prejudicial e, portanto, até que ponto podemos exigir que as vítimas suportem tal dano.<sup>429</sup>

Por fim, o autor analisa o caso *Brown x Entertainment Merchants Association*, ocasião em que a Suprema Corte considerou e invalidou uma lei da Califórnia que proibía a venda e o aluguel para menores de videogames violentos. Schauer relata que havia um reconhecimento crescente de que um número significativo de menores, e um número não insignificante de adultos, passa uma quantidade considerável de tempo jogando videogames interativos, muitos dos quais proporcionam aos participantes a oportunidade de participar e existir em um mundo virtual no qual cometem assassinato, agressões e vários outros atos ilegais e antissociais. O autor explica que, nesse caso, embora a Suprema Corte tenha invalidado a lei da Califórnia, a divisão foi mais nítida do que em *Stevens* ou *Snyder*, ainda que tenha permanecido a questão para o juiz Scalia de se, pela primeira vez, a Corte devia reconhecer a violência extrema como uma justificativa para controlar uma representação.<sup>430</sup>

De acordo com o autor, a resposta foi clara: a criação de novas categorias de não proteção enfrentava um fardo muito pesado de justificativas, sendo que a maioria, inclusive, insistiu que teria que haver uma demonstração de uma "ligação causal direta entre os videogames e danos a menores", uma demonstração daquele "alto grau de necessidade" que segundo Schauer tradicionalmente foi descrito como um "interesse imperioso" do Estado.<sup>431</sup>

Outro ponto utilizado na fundamentação de *Brown x Entertainment Merchants Association* para invalidar a lei proibitiva foi a história. Schauer, em contrapartida, afirma que a ideia de que a história é a única ou mesmo a melhor forma de determinar cobertura e não cobertura deve ser rejeitada, afinal, para ele, videogames violentos são apenas um

428 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 11-13.

429 Ibidem, p. 14.

430 Ibidem. p. 14-16.

431 Ibidem, p. 17.

exemplo de uma forma de expressão que simplesmente não existia no passado e, portanto, perguntar se isto foi ou não sujeito a regulamentação no passado seria o mesmo que perguntar sobre o tratamento de doenças de unicórnios. Segundo o autor, quando tentamos perguntar se videogames violentos ou vídeos de esmagamento de animais seriam reguláveis no passado, estamos envolvidos no mesmo negócio arriscado de escolher as características desses atos que se assemelham ou não a formas anteriores de regulamentação e não regulamentação, e ao fazê-lo, estamos simplesmente expressando nossa visão atual sobre o que pensamos que deveria ser regulamentado e o que não deveria. Para o autor, seria melhor fazer esses julgamentos com base em um reconhecimento direto das ideias e ideais de fundo da Primeira Emenda, em vez de esperar que a história faça todo o trabalho.<sup>432</sup>

Após ter percorrido por estes três casos, Schauer conclui que *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants* representam uma boa janela para o pensamento da Suprema Corte sobre a Primeira Emenda, embora sejam, em alguns aspectos, muito diferentes uns dos outros. O autor reitera que *Entertainment Merchants* diz respeito a uma lei estadual, ao passo em que *Stevens* é sobre uma lei federal e *Snyder* surge no contexto de uma ação do direito comum. Além disso, Schauer frisa que *Entertainment Merchants* é sobre violência, *Snyder* sobre assédio e *Stevens* sobre crueldade animal. O autor destaca ainda que em *Stevens* os objetos de preocupação são os animais, em *Entertainment Merchants* são as crianças e em *Snyder* os adultos enlutados, além de que existiriam inúmeras outras diferenças também, algumas das quais são sugeridas pelo alinhamento muito diferente dos juízes em *Stevens* e *Snyder*, por um lado, e em *Entertainment Merchants*, por outro.<sup>433</sup>

Especialmente quanto a *Stevens* e *Entertainment Merchants*, Schauer aponta que estes dois casos podem ser entendidos como criando uma forte presunção de cobertura. Com o seu foco nas exclusões historicamente reconhecidas, o autor pondera que podem até mesmo ser considerados como munição doutrinária para aqueles que teriam interesse que a Corte repensasse as vastas áreas de não cobertura até então invisíveis.<sup>434</sup>

No entanto, apesar de todas as diferenças, há para o autor uma semelhança importante, qual seja, a presença digna de nota em todos os três casos de dano razoavelmente patente. Conforme vimos no início, Schauer entende que na história moderna dos julgamentos acerca da liberdade de expressão na Suprema Corte, houve numerosos exemplos de casos em que a alegada nocividade da expressão em questão

432 SCHAUER. Out of Range: on patently uncovered speech, 2015, p. 350, 351.

433 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 18, 19.

434 SCHAUER. The Politics and Incentives of First Amendment Coverage, 2015, p. 1624.

foi, para dizer o mínimo, pouco clara, e é nesse cenário que *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants* se destacam. O autor ressalta que animais foram realmente mutilados para fazer os vídeos que levaram à promulgação do estatuto em *Stevens*, que os efeitos sobre as vítimas da glorificação persistente da violência a menores impressionáveis são pelo menos plausíveis, e que ninguém que perdeu um parente próximo, especialmente um jovem, pode não entender a dor genuína que os *Snyders* devem ter sofrido quando um evento já trágico foi desvirtuado pela maluquice de outra pessoa.<sup>435</sup>

Com efeito, Schauer enfatiza que existem diferenças na forma como a Suprema Corte discute os danos nos três casos, além de várias explicações possíveis para o motivo pelo qual os danos em *Stevens* e *Entertainment Merchants* parecem ter sido comparativamente menos enfatizados. O autor sugere que isso talvez se dê por conta do desconforto da maioria em *Entertainment Merchants* com evidências empíricas que não foram localizadas e não puderam ser compreendidas, ou, então, porque a Corte ficou desconfortável até mesmo sugerindo uma semelhança entre o dano às crianças em *Ferber*<sup>436</sup> e o dano aos animais em *Stevens*, por mais óbvio que o último dano fosse. Mas talvez seja, de acordo com o autor, simplesmente porque nem a jurisprudência nem a tradição da Primeira Emenda de negação de danos deram à Corte o arsenal conceitual e doutrinário necessário para lidar com a expressão associada com o dano.<sup>437</sup>

Segundo Schauer, *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants* fornecem, portanto, uma ocasião não apenas para examinar a abordagem atual da Suprema Corte às questões da Primeira Emenda, mas também para refletir mais amplamente sobre o papel que o dano genuíno pode desempenhar na compreensão da teoria da liberdade de expressão e na formulação da doutrina da Primeira Emenda. Para o autor, embora agora seja ou deva ser bem estabelecido que qualquer princípio robusto de liberdade de expressão protegerá a expressão não porque ela é inofensiva, mas apesar do dano que pode causar, o efeito generalizado e às vezes pernicioso do modelo de ausência de danos da liberdade de expressão atrofiou o desenvolvimento de ferramentas teóricas e doutrinárias adaptadas ao fenômeno do discurso prejudicial. O autor entende que estes três casos podem ajudar nesse processo, em parte porque apresentam o problema do dano genuíno em total evidência, mas também porque os danos que apresentam são de três tipos diferentes. Ao compreender as diferenças entre estes três tipos de danos induzidos pela expressão, Schauer pondera que podemos reconhecer o estado imaturo

435 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 19, 21.

436 Cf. SCHAUER, Frederick. Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. p. 285-317. In: **The Supreme Court Review 1983**. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

437 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 22.

de uma doutrina que os trata todos da mesma maneira, se é que os reconhece em primeiro lugar.<sup>438</sup>

Além disso, para ele, recordar este três casos auxilia a pensarmos de uma forma mais categorial a respeito de possíveis classificações dos danos relacionados à liberdade de expressão. Nesse contexto, Schauer sugere uma classificação teórica em três espécies dos danos evidenciados em tais casos: os danos da militância, os danos da agressão verbal e os danos aos participantes.

Em primeiro lugar, quanto aos danos da militância, também chamado de danos de persuasão, influência ou facilitação, Schauer afirma que estes são os danos clássicos relacionados à liberdade de expressão. De acordo com ele, o que todos esses conceitos compartilham é a ideia de que as palavras podem ter a intenção de ter ou pode ser que tenham efetivamente um efeito nas ações subsequentes executadas pelo ouvinte. Nessa hipótese, o autor explica que uma defesa, persuasão, influência, incentivo ou facilitação de dano existe quando um orador é ouvido - ou lido - por um ouvinte solidário, que, então, prossegue com a prática de algum ato não verbal como resultado do apelo ou inspiração intencional ou não intencional promovido pelo falante.<sup>439</sup>

Daí que o autor salienta que a essência desse tipo de dano emana do leitor ou espectador ou ouvinte, que então passa a fazer algo como resultado do que leu, viu ou ouviu. Para o autor, em aspectos importantes, *Entertainment Merchants* se encaixa nesse molde, pois muitos dos argumentos para a restrição são argumentos ou pesquisas que pretendem mostrar que aqueles que jogam videogames interativos são mais propensos a ser agressivos com os outros do que seriam sem a experiência violenta de videogame. De acordo com Schauer, pensar em danos como estes como danos a terceiros pode também ser uma maneira útil de distingui-los de outros danos comumente associados à expressão.<sup>440</sup>

Em segundo lugar, Schauer aponta que existem os danos da agressão verbal, hipótese em que as palavras causam uma lesão não por causa de algo que necessariamente fazem em todos os contextos, e não por causa de alguma propriedade intrínseca das palavras como palavras, mas por causa do efeito que se espera que as palavras tenham sobre o estado mental daqueles que as ouvem ou veem sob certas circunstâncias. O autor afirma que aqui o ponto importante não é que o próprio enunciado seja necessariamente sempre perigoso, mas que é o enunciado, e não o que o ouvinte pode fazer a outra pessoa como resultado de ouvi-lo, que representa a essência do dano.

---

438 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012, p. 22, 23.

439 Ibidem, p. 23, 24.

440 Ibidem, p. 25-26.



Conforme explica o autor, a ideia é que as palavras causam dano ao ouvinte, e não a alguém a quem o ouvinte possa prejudicar como resultado das palavras, como o efeito de algum tipo de angústia que em algumas circunstâncias poderia ser descrita como "dor", e em algumas circunstâncias seria considerada prejudicial.<sup>441</sup>

Schauer ressalta que prejuízos desta variedade são precisamente o que estava em causa no processo *Snyder v. Phelps*, eis que a família Snyder ficou magoada pelas próprias palavras proferidas, evidenciando que estes são danos em que as vítimas não são as pessoas que são feridas por aquilo que os ouvintes podem fazer aos outros, na medida em que as vítimas são os próprios ouvintes.<sup>442</sup>

Em terceiro lugar, Schauer considera a existência de danos aos participantes, pois, como deveria ser óbvio para ele, as vítimas em *Stevens* foram os animais mutilados ou mortos para fazer os vídeos. Partindo da premissa de que poderíamos atribuir intencionalidade aos animais nesse contexto, o autor afirma que, obviamente, os animais não eram participantes dispostos a fazer os vídeos, e teriam sido prejudicados como participantes, mesmo que ninguém jamais tivesse comprado ou visto os vídeos em que o abuso de animais ocorreu.<sup>443</sup>

Segundo o autor, estes danos aos participantes não foram tão proeminentes na história da regulamentação da liberdade de expressão e na Primeira Emenda como foram os danos a terceiros e aos ouvintes discutidos acima. Contudo, o autor destaca que também não estiveram ausentes, tendo em vista que estão no cerne da preocupação com a pornografia infantil e da abordagem especial da Suprema Corte a ela. O autor ressalta que a essência da disposição da Suprema Corte de tratar a pornografia infantil de forma diferente da obscenidade ou indecência foi precisamente o dano causado a crianças no processo de produção, o que revela que ao pensarmos sobre os danos relacionados à expressão é importante reconhecer a própria existência destes danos aos participantes.<sup>444</sup>

Esclarecida essa trilogia de danos associados à liberdade de expressão, o autor ressalta que a classificação não pretende ser exaustiva, pois, por exemplo, muitos dos danos de difamação e invasão de privacidade não se enquadram perfeitamente em nenhuma das categorias acima, embora, em virtude de serem mediados por um ouvinte, possam estar mais próximos dos danos de persuasão. Para o autor, parece preferível evitar grandes afirmações sobre a categorização de todos os danos associados à liberdade de expressão e, em vez disso, manter a alegação mais modesta de que os três tipos de danos representados por *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants* são

441 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 28, 29.

442 Ibidem, p. 30, 31.

443 Ibidem, p. 31.

444 Ibidem, p. 32, 34.

exibidos de forma útil nestes três casos, e são, juntos, uma proporção muito substancial dos tipos de danos associados à expressão com os quais os tribunais americanos tiveram que lidar. Por isso, segundo Schauer, estes três casos são um veículo útil para compreender a existência de danos associados à liberdade de expressão e o fato de que nem todos os danos relacionados ao discurso são os mesmos.<sup>445</sup>

Mais importante ainda para Schauer é a questão da razão pela qual essa distinção tripartida é útil. A esse respeito, ele destaca que desagregar o domínio dos danos associados à liberdade de expressão é importante porque os casos de liberdade de expressão envolvendo dano genuíno parecem muito mais prováveis de implicar ou mesmo exigir os tipos de avaliações empíricas que alegações de dano transparentemente absurdas não fazem.<sup>446</sup>

Ademais, na medida em que a dimensão empírica da tomada de decisão da Suprema Corte se torna mais aparente e mais extensa em geral, e na medida em que a pesquisa genuína das ciências sociais é aplicada a tais questões com maior frequência, Schauer pondera que não deveria ser surpresa que esse fenômeno não tenha escapado ao julgamento da Primeira Emenda. Quanto a essa dimensão empírica no contexto da Primeira Emenda, o autor ressalta ainda que ela se desenvolve a partir da avaliação da extensão e das causas das consequências associadas ao discurso, principalmente, mas não exclusivamente, decorrentes dos danos em um sentido moderadamente direto.

Contudo, o autor ressalta que é impossível avaliar esses danos, ou mesmo saber de quais danos estamos falando, a menos que tenhamos uma noção melhor de quais exatamente são os tipos de danos que estão em questão e, portanto, que tipo de evidência denotaria, de uma forma ou de outra, a sua existência e extensão. Assim, para ele, de fato, damos um primeiro passo importante quando reconhecemos que muitos dos argumentos da Primeira Emenda são sobre discurso consequente e muitas vezes prejudicial, mas o segundo passo necessário é entender a natureza desses danos, pois sem isso não podemos esperar avaliar ou gerar os dados que permitiriam aos tribunais determinar a extensão dos danos envolvidos, bem como não podemos determinar se a doutrina deveria permitir qualquer reparação contra eles.<sup>447</sup>

No que diz respeito aos danos decorrentes da liberdade de expressão, devemos, por fim, acrescentar um elemento central dessa discussão que são os custos dos danos. Schauer observa que *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants* envolveram todos danos moderadamente claros - para animais, para pais enlutados e, talvez mais

---

445 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 34.

446 Ibidem, p. 35.

447 Ibidem, p. 37, 38.

controversamente, para vítimas potenciais da agressividade de adolescentes. O autor destaca que os danos, é claro, são custos, mesmo que nem sempre financeiros, de forma que sempre que a Primeira Emenda prevalece em um caso de discurso prejudicial, isto significa que algum dano não será reparado. Considerando que um dano não reparado é um custo, para Schauer, surge, então, a questão de como esse custo será ou deve ser alocado.<sup>448</sup>

Pensando nos custos alocados nos três casos apresentados, Schauer expõe que, em *Snyder*, os Snyders suportaram ou foram obrigados a absorver o custo da Primeira Emenda, no sentido de que foram obrigados simplesmente a “absorver” o dano para eles, sem a possibilidade de um remédio constitucional permissível. De modo semelhante, Schauer afirma que em *Stevens*, os custos foram atribuídos aos animais, eis que os vídeos provavelmente continuaram a se proliferar, embora os animais não pareçam se beneficiar da Primeira Emenda de forma alguma. E em *Entertainment Merchants*, o autor aponta que os custos da Primeira Emenda são arcados por aqueles que seriam as vítimas da violência inspirada pelos videogames violentos.<sup>449</sup>

Devemos ainda considerar que, para Schauer, a maioria dos casos de liberdade de expressão envolve uma reivindicação por parte de algum indivíduo ou governo de que algum item de comunicação tem algum tipo de efeito antissocial, produzindo assim algum custo para o indivíduo ou para a sociedade. Schauer entende que, em muitos desses casos, a alegação de efeito antissocial é errada ou muito exagerada, motivo pelo qual, em tais casos, o custo da Primeira Emenda é inexistente ou desprezível. Mas, para o autor, em muitos outros, como em *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants*, as alegações de efeitos antissociais são pelo menos plausíveis e, nesses casos, há custos sociais para sustentar a alegação da Primeira Emenda, embora quase sempre ocorra que esses custos sociais não sejam distribuídos igualmente entre todos os 300 milhões de norte-americanos que se beneficiam da Primeira Emenda.<sup>450</sup>

Assim, embora, em teoria, todos os 300 milhões de norte-americanos se beneficiem da Primeira Emenda, Schauer destaca que os benefícios coletivos são em grande parte pagos pelos Snyders, os animais e as vítimas de violência inspirada em videogames. Com efeito, o autor reconhece que é bem possível que nada possa ou deva ser feito sobre isso, mas, para ele, talvez observar, como outros fizeram antes, que “não existe discurso livre” seria útil pelo menos para nos alertar para os custos dos direitos e

---

448 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012. p. 38, 39.

449 Ibidem, p. 39, 40.

450 Ibidem. p. 40.

para o fato de que esses custos raramente são suportados igualmente, ou mesmo de forma justa.<sup>451</sup>

Concluindo a avaliação dos danos decorrentes da liberdade de expressão, o autor enfatiza que *Stevens*, *Snyder* e *Entertainment Merchants*, embora levantem uma série de perguntas, evidenciam que, a despeito de ter sido amplamente evitada, a questão do dano é de grande importância para a Primeira Emenda. Para o autor, se enfrentarmos a questão do dano associado à expressão diretamente, e se reconhecermos que estamos falando sobre danos e não dano, então, talvez avançaremos no processo típico do *common law* de desenvolvimento de regras, princípios, padrões, máximas, cânones e precedentes que juntos produzem o que chamamos de doutrina jurídica.<sup>452</sup>

### 3.7 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FATOS

Quando falamos sobre a representação do argumento da verdade de acordo com Schauer, já vimos que a presunção de que a verdade possa emergir vitoriosa da competição no mercado de ideias é, no mínimo, questionável, em decorrência dos vários exemplos históricos em que a falsidade prevaleceu sobre a verdade. No entanto, seria interessante aprofundar em um ponto específico dessa questão que, embora talvez esteja mais diretamente associado com o argumento da verdade enquanto fundamento para o Princípio da Liberdade de Expressão, também tem repercussões para este princípio visto sob outras perspectivas, como o argumento da democracia e o argumento da implicação da negativa.

O ponto mencionado é a relação existente entre a teoria da liberdade de expressão e a questão dos fatos demonstráveis e verificáveis, o qual tem especial relevância no presente momento das sociedades contemporâneas altamente conectadas tecnologicamente, profundamente divididas politicamente e, como consequência, bastante propensas aos desafios relacionados às questões de fatos demonstráveis. Tais questões, além da tradicional dificuldade epistemológica do consenso em torno do que seria um fato demonstrável - se é que se pode dizer em primeiro lugar que existiria um consenso sobre a existência de tais fatos demonstráveis, o que, por si só, também é disputado em algumas teorias -, se relacionam de uma forma muito particular com a doutrina da liberdade de expressão, já que o que é tido como um fato, afastadas aqui as discussões epistemológicas sobre como consideraríamos a existência de um fato, pode representar um limite naquilo que é expresso por um determinado sujeito.

---

451 SCHAUER. Harm(s) and the First Amendment, 2012, p. 40, 41.

452 Ibidem, p. 41, 42.

E não é difícil compreender a razão pela qual a existência de um fato poderia ser percebida por alguns como um limite necessário à liberdade de expressão em algumas circunstâncias. Conforme vimos ao longo do trabalho e especialmente no capítulo anterior sobre os danos decorrentes da liberdade de expressão, embora assim pareça às vezes e embora tenha sido tratado como tal pela tradição, a liberdade de expressão dificilmente é algo inofensivo, com consequências reais e eventualmente prejudiciais aos ouvintes, a terceiros e aos próprios participantes do ato de expressão. As consequências são reais também no campo político, em que a existência de falsidades demonstráveis passou a ser chamada popularmente de “*fake news*”, cujos resultados danosos aumentaram as discussões populares e acadêmicas em torno de eventual regulamentação do discurso e os compreensíveis receios de que tal regulamentação poderia comprometer a liberdade de expressão.

Há também o desafio representado pela circunstância de que os fatos, sejam eles demonstráveis ou não e sejam eles falsos ou verdadeiros, são sempre intermediados pela linguagem. Destacando a relação entre a linguagem e a determinação da verdade, Schauer afirma:

A linguagem, como ela converte este estado de coisas objetivo em fala ou discurso, é um componente vital em qualquer avaliação judicial da verdade ou da falsidade de uma afirmação. O que expressamos como verdade depende do uso da linguagem em todos os casos, embora com diferentes graus de inferência, julgamento de valor e ambiguidade. No entanto, este artigo não tenta oferecer uma estrutura abrangente para a avaliação de nossas convenções linguísticas na análise da primeira emenda. Qualquer aparato doutrinário abrangente seria conceitualmente incorreto ou praticamente impraticável. Mesmo as sugestões mais limitadas a serem oferecidas aqui são apenas provisórias. Frequentemente, é mais importante fazer as perguntas certas do que dar as respostas certas. [...] Ignorar as qualidades expressivas e comunicativas de palavras individuais é ignorar um componente importante da liberdade de expressão. Além disso, deixar de reconhecer a relação íntima entre o uso da linguagem e a determinação da verdade ou falsidade de afirmações factuais é iniciar uma jornada analiticamente doentia em busca da “verdade factual”.<sup>453</sup>

Em razão desse cenário, justifica-se um aprofundamento da relação entre a liberdade de expressão e fatos tido como demonstráveis e verificáveis, segundo o ponto de vista do autor.

O autor inicia essa reflexão ponderando que, embora os debates sobre a precisão empírica da busca pela verdade e do mercado de ideias já existam há décadas, a maioria desses debates surgiu no contexto de aspectos normativos, religiosos, ideológicos, e

---

453 SCHAUER. Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter, 1978, p. 268. (TPA).

políticos que historicamente dominaram a literatura da liberdade de expressão em geral e a Primeira Emenda em particular. Dentro desse contexto, ele aponta que o que tem recebido consideravelmente menos atenção teórica e doutrinária é a relação da Primeira Emenda com questões de fatos concretos, e até que ponto as teorias, *slogans* e doutrinas típicas da Primeira Emenda são aplicáveis à questões de verdade demonstrável e, inversamente, de falsidade demonstrável.<sup>454</sup>

Ao tratar do argumento da verdade, Schauer reconhece que em todas as suas considerações partiu da premissa de que identificar e avaliar a verdade seria algo inteiramente independente da natureza da proposição ofertada, e que embora isto seja uma super simplificação, para ele, isto é uma super simplificação que está presente na maioria das defesas usuais do argumento da verdade. Segundo o autor, a validade do argumento varia na proporção direta do grau de certeza inerente à categoria da proposição, na medida em que, por exemplo, o conhecimento matemático ou lógico é mais facilmente alcançável do que o conhecimento em muitas outras áreas.<sup>455</sup>

Por isso, dentro dessa reflexão sobre a liberdade de expressão e os fatos, Schauer pressupõe uma distinção entre fato e valor, e portanto, entre o normativo e o descritivo. O autor reconhece que em alguns círculos essa distinção seria embaraçosa de admitir, praticamente assegurando que nada mais do que ele dissesse ou escrevesse fosse levado a sério. No entanto, o autor afirma que há pouco que ele pode fazer para persuadir os céticos, e mesmo que pudesse, fazê-lo não seria a sua tarefa. Daí que quanto à definição do que pode ser considerando um fato, Schauer observa que um fato, segundo a revelação considerada inútil do Oxford English Dictionary é "*algo que realmente ocorreu ou é realmente o caso*." O autor afirma que outros dicionários são um pouco mais úteis, dizendo-nos, por exemplo, que um fato é "*algo apresentado como objetivamente real*" ou "*a qualidade de ser real*". Assim, diante dessa dificuldade de descrição ostensiva, o autor observa que talvez seja melhor simplesmente implantar alguns exemplos, elencando-os: é um fato que há mais pessoas na China do que em Nova Jersey, que Elvis Presley morreu, que a raiz quadrada de oitenta e um é nove e que a Terra está a aproximadamente noventa e três milhões de milhas do sol.<sup>456</sup>

O autor ressalta ainda que acreditar que existem fatos não é acreditar que todas as coisas que se afirmam serem fatos são verdadeiras, pois não é verdade que a Terra é plana, embora as pessoas um dia acreditassem que fosse, assim como não é um fato que Louisville é a capital do Kentucky, embora muitas pessoas ainda acreditam que seja esse

454 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 899.

455 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 30.

456 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 900.

o caso. Ainda mais significativa e relevante para Schauer é apontar que não é um fato que o sorvete de chocolate seja melhor do que a baunilha, que Picasso foi um grande artista e que o utilitarismo é moralmente superior ao kantismo, embora todas essas crenças valorativas tenham numerosos adeptos. Segundo o autor, alguns desses fatos alegados, como a óbvia superioridade do sorvete de chocolate em relação à baunilha, são apenas questões de gosto, enquanto outros, como a grandeza artística de Picasso ou a superioridade de uma teoria moral sobre outra, estão claramente sujeitos a divergências até entre os especialistas bem informados, motivo pelo qual seria enganoso descrever suas posições como "fatos".<sup>457</sup>

É importante destacar também que, para Schauer, acreditar que existem fatos e acreditar que os fatos são diferentes dos valores não significa negar que os valores podem ou devem influenciar quais fatos consideramos importantes, quais fatos notamos e quais palavras empregamos para descrever os fatos do mundo. Além disso, para ele, acreditar na existência de fatos independentes da mente e, portanto, em uma realidade independente da mente é compatível com ainda acreditar que parte ou muito do mundo que vivemos e habitamos é socialmente construído. Para dar exemplos, o autor observa que dizer que o dinheiro, a lei e o Partido Republicano são artefatos sociais não é inconsistente com o fato de que zebras, cobre e a gravidade têm uma existência logicamente independente e temporalmente anterior à criação e compreensão humanas.<sup>458</sup>

Assim, esclarecido o que pode ser considerado como um fato, bem como devidamente distinguido o fato dos artefatos socialmente construídos, Schauer passa a analisar o histórico dos fatos demonstráveis na doutrina da liberdade de expressão. O autor inicia a trajetória com Milton e a sua ausência de preocupação com a regulamentação legal da falsidade fáctica. Segundo o autor, essa ausência não deve ser nenhuma surpresa, eis que em 1644 todo o aparato regulatório do Estado era rudimentar, a lei de fraude ainda não existia, a lei da difamação estava emergindo como um remédio para danos à reputação e só recentemente estava em processo a transferência dos tribunais eclesiásticos para os tribunais de direito comum. Como consequência, Schauer observa que havia pouca regulamentação oficial da falsidade factua durante a época de Milton, mas também não havia qualquer argumento de que tal regulamentação estava além dos poderes do Estado. O que ocorria para Schauer é que, no surgimento da tradição moderna da liberdade de expressão, todo o tópico da liberdade da regulação

---

457 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 900, 901.

458 Ibidem.

estatal da falsidade factual era simplesmente inconcebível, no sentido mais literal da palavra.<sup>459</sup>

Para o autor, um pouco mais surpreendente é o não aparecimento da falsidade factual como uma questão de liberdade de expressão mesmo nos três séculos que se seguiram à Areopagítica<sup>460</sup>, pois este foi um período em que o lado teórico da tradição da liberdade de expressão cresceu exponencialmente. Contudo, ainda que tenha sido um período de bastante desenvolvimento teórico, Schauer afirma que quando olhamos para os escritos do início do século XVIII, por exemplo, vemos que o foco quase completo das controvérsias sobre a liberdade de expressão e de imprensa dizia respeito à defesa antigovernamental e às numerosas críticas supostamente inflamadas aos poderes constituídos. Conforme explica o autor, a maioria dos processos sediciosos por difamação, tanto na Inglaterra quanto nas colônias da América do Norte, foram iniciados a fim de proteger o governo contra críticas, insultos e agitação para revoluções, razão pela qual as campanhas por maior liberdade de expressão e de imprensa versavam principalmente sobre o alegado direito de criticar e talvez até insultar o monarca, o governo e os funcionários do Estado. Por isso, para ele, dificilmente seria sugerido que a liberdade de expressão englobava o direito de articular proposições factualmente falsas.<sup>461</sup>

Conclusões semelhantes surgem para o autor de uma leitura cuidadosa das grandes obras do século XIX sobre liberdade de expressão, especialmente em *Sobre a Liberdade*<sup>462</sup> de Mill, mas também das contribuições influentes e duradouras de Walter Bagehot, Albert Venn Dicey, e Frederick Pollock na Inglaterra. Pensando especificamente em *Sobre a Liberdade*<sup>463</sup> que, para Schauer, ainda é a discussão mais extensa e importante sobre o alegado valor de permitir a circulação do que parece ser falso, sob a justificativa de que tal curso de ação irá, a longo prazo, aumentar o conhecimento de uma sociedade e diminuir sua crença na falsidade, o autor pondera que mesmo aqui os exemplos de Mill são reveladores, eis que Mill fala do erro de suprimir a defesa do "tiranocídio", da importância de ser capaz de discutir questões morais abertamente, do valor de professar e discutir, por uma questão de convicção ética, qualquer doutrina, por mais imoral que possa ser considerada e da liberdade de desafiar a crença em um Deus e opiniões religiosas em geral. Inclusive, Schauer destaca que mais tarde, no capítulo dois de *Sobre a Liberdade*, o próprio Mill deixa claro que suas conclusões sobre a liberdade de

---

459 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 903.

460 MILTON. *Areopagítica*, 1918.

461 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 903, 904.

462 MILL. *Sobre a liberdade*, 2011.

463 Ibidem.



pensamento e discussão pertencem a questões de "*moral, religião, política, relações sociais e os negócios da vida*", e que embora Mill reconheça que mesmo na ciência – chamada de filosofia natural à época – existam provavelmente múltiplas explicações dos mesmos fatos, o precursor da liberdade de expressão admite que "*em um assunto como a matemática não há absolutamente nada a ser dito do lado errado da questão.*" Assim, o autor finaliza ponderando que mesmo nesta que é uma das defesas mais epistemicamente focadas dos argumentos da liberdade de expressão, Mill não estava em nenhuma extensão abordando questões de fato demonstrável e verificável e, sim, estava se concentrando esmagadoramente no que, para ele, eram questões discutíveis de verdade religiosa, moral e política.<sup>464</sup>

Passando para o século XX, Schauer observa que nos três primeiros quartos deste século o quadro não foi muito diferente, pois para Learned Hand, Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e os teóricos não judiciais da liberdade de expressão da primeira metade do século XX, a questão que dominou o primeiro plano de sua teoria da Primeira Emenda foi a militância e não a descrição. Daí que o autor frisa que, como aconteceu com os períodos anteriores da história, virtualmente nenhum dos escritos mais proeminentes da Primeira Emenda e opiniões judiciais da época sequer tocou nas questões da verdade factual verificável ou falsidade factual demonstrável, tendo sido apenas na última parte do século XX que as questões de fato passaram a se tornar presentes na doutrina e nos escritos da Primeira Emenda.<sup>465</sup>

Finalizada a retrospectiva histórica, Schauer afirma que o ponto que ele deseja destacar é que quase todos os componentes que constituíram a tradição da liberdade de expressão nos Estados Unidos e no exterior, nos casos, na literatura e nos eventos políticos que inspiraram controvérsias sobre liberdade de expressão tiveram muito pouco a dizer sobre a relação entre liberdade de expressão e questões de fato demonstráveis. Com efeito, o autor reconhece que pode estar implícita em grande parte dessa tradição a crença de que o poder do mercado de ideias de selecionar a verdade era aplicável tanto à verdade factual quanto à verdade religiosa, ideológica, política e social. O autor reconhece ainda que também pode estar implícito na tradição, como Mill sutilmente sugeriu com sua referência a não haver nada que valha a pena dizer do outro lado das verdades matemáticas, que a questão da falsidade factual demonstrável, seja pública ou privada, simplesmente não é o mesmo assunto que o assunto da liberdade de expressão e a Primeira Emenda. Contudo, embora as causas possam não ser claras, Schauer ressalta que as consequências são mais claras, de forma que, para ele, talvez

---

464 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 904, 905.

465 Ibidem, p. 906, 907.

surpreendentemente chegamos a um ponto da história em que uma questão social extremamente importante, como a da proliferação da falsidade factual demonstrável no debate público, é uma questão a respeito da qual a venerável e inspiradora história da liberdade de expressão não tem praticamente nada a dizer.<sup>466</sup>

Nesse contexto, o autor destaca a questão das notícias falsas que é, para ele, em certo sentido, perturbadora. Contudo, Schauer adverte que embora a tecnologia moderna, como a internet e as simulações de computador de aparência realista, tenha facilitado a criação e a circulação de falsidades que são amplamente aceitas como verdadeiras, para ele, o fenômeno agora renomeado de "*fake news*" é dificilmente recente. Como exemplos, o autor recorda que, apesar das evidências definitivas do contrário, muitas pessoas ainda acreditam que Barack Obama nasceu no Quênia, da mesma forma como ocorre com as falsas crenças de que o presidente George W. Bush tinha conhecimento prévio dos ataques de 11 de setembro, de que o Holocausto não ocorreu, que a AIDS é o produto de uma conspiração do governo e que as previsões da astrologia são confiáveis.<sup>467</sup>

Com isso, para Schauer, chegamos à conclusão de que o aparente aumento na difusão da falsidade na discussão pública é um fenômeno que pode ser consequência de uma forte cultura de liberdade de expressão, mas certamente não é um fenômeno que um regime de liberdade de expressão seja capaz de remediar. O autor pondera ainda que, assim, o constrangimento para a tradição da liberdade de expressão não vem apenas da cumplicidade da tradição em exacerbar uma cultura de falsidade pública, mas também, e mais importante, do fato de que a existência generalizada da falsidade pública é um tópico sobre o qual a tradição essencialmente nada tem a dizer.<sup>468</sup>

Segundo o autor, a inaplicabilidade histórica e conceitual dos fundamentos de um princípio da liberdade de expressão às questões de fato não é apenas um problema teórico, mas também prático, eis que as questões doutrinárias sobre a aplicação das regras, princípios e casos da Primeira Emenda às questões de fato estão se tornando cada vez mais prevalentes. Schauer observa que algumas dessas questões surgem, não surpreendentemente, no contexto da regulamentação governamental de inexatidão factual, como quando a Comissão Federal do Comércio tentou regulamentar factualmente e perigosamente a publicidade falsa de perda de peso e recebeu como reação a defesa pelas indústrias de publicação e publicidade de *slogans* da Primeira Emenda na tentativa de prevenção da regulamentação. O autor relata ainda que a mesma reação ocorreu também de modo semelhante em matéria de regulamentação de declarações falsas e

---

466 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 907, 908.

467 SCHAUER. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, 2017, p. 244.

468 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 911, 912

enganosas na publicidade de alimentos, medicamentos, rótulos e seguros, situações em que a tradicional irrelevância da Primeira Emenda permanece sob ataque persistente.<sup>469</sup>

Quanto a este questionamento acerca do poder de uma agência reguladora de proibir a distribuição de informações falsas sobre bens, serviços e instrumentos financeiros, Schauer pondera que, se tentássemos responder a indagação de acordo com a tradição, uma resposta para Milton seria que essas restrições seriam constitucionalmente inadmissíveis e desnecessárias, pois se a verdade for poderosa e consequentemente prevalecer, então, a verdade sobre as alegações da eficácia dos brincos dietéticos, por exemplo, prevaleceria e não haveria necessidade de regulamentação.<sup>470</sup>

Com relação à propaganda comercial e regulamentação de valores mobiliários, Schauer ressalta que a premissa miltônica, evidentemente, não é a legislação atual. Entretanto, o autor observa que embora a doutrina existente seja moderadamente clara com relação à permissibilidade de restringir a publicidade falsa ou enganosa de valores mobiliários ou produtos comerciais, a questão é diferente quando nos voltamos para as questões de falsidade factual no debate político. O autor cita como exemplo o caso *Brown v. Hartlage*, no qual a Suprema Corte abordou uma cláusula do Kentucky Corrupt Practices Act que parecia proibir um candidato de fazer certos tipos de promessas de campanha e, ao anular a lei, Schauer relata que a Corte unanimemente deixou claro que os únicos remédios disponíveis contra o discurso de campanha falso ou enganoso seriam aqueles que satisfizessem o padrão de "malícia real" do *New York Times v. Sullivan*. Daí que Schauer destaca que depois de *Brown* não basta apenas a falsidade para justificar a intervenção estatal constitucionalmente permissível contra o discurso de campanha factualmente falso, devendo estar comprovada a falsidade intencional.<sup>471</sup>

Assim, o autor ressalta que, no estado existente da lei, uma declaração negligente ou mesmo não negligente de um fato comprovadamente falso sobre cigarros, produtos dietéticos, ou títulos mobiliários, por exemplo, poderia constituir constitucionalmente uma reclamação civil, criminal ou regulatória, mas mesmo uma declaração falsa grosseiramente negligente sobre um candidato em uma eleição parece permanecer sob a proteção da Primeira Emenda, ainda que exista, para ele, uma leitura mais restrita sobre esse âmbito político nos tribunais inferiores.<sup>472</sup>

Quanto à explicação para essa distinção entre a propaganda comercial e o discurso político, o autor afirma que ela pode ser explicada pela proteção menor

---

469 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 912.

470 Ibidem, p. 912, 913.

471 Ibidem, p. 913, 914.

472 Ibidem.

concedida ao discurso comercial ou pelo fato de que a maior parte da regulamentação da publicidade enganosa foi assumida simplesmente como estando inteiramente fora da cobertura da Primeira Emenda. O autor acrescenta que essa distinção também poderia ser explicada pela proteção especial da Primeira Emenda concedida ao discurso político, ou por um entendimento da Primeira Emenda baseado substancialmente na desconfiança do governo, especialmente com relação a essas questões políticas partidárias em que a parte no poder poderia facilmente usar o poder regulador do Estado para consolidar seu próprio poder e efetuar sanções contra os adversários. Por tais razões, no que diz respeito ao tratamento diferenciado do discurso político, Schauer conclui que é difícil contestar a imunidade constitucional mesmo de declarações factuais comprovadamente falsas na arena política, já que esta é uma área em que é fácil suspeitar que qualquer cura poderia ser substancialmente pior do que a doença.<sup>473</sup>

Há ainda, para Schauer, um universo de falsidade factual pública que não é diretamente eleitoral nem comercial, como os exemplos que ele trouxe no início acerca das teorias da conspiração da AIDS e a negação do Holocausto, por exemplo. No entanto, o autor considera que em um mundo doutrinário em que a Suprema Corte facilmente estendeu o entendimento do caso *New York Times v. Sullivan* para figuras públicas que não eram funcionários públicos, seria difícil negar que o peso geral da tradição da liberdade de expressão americana é grande a ponto de manter essas questões fora do alcance da regulamentação governamental constitucionalmente permissível. Para Schauer, quaisquer que sejam os danos da falsidade factual do discurso público e não comercial, e o autor reconhece que eles são muitos e substanciais, há, nos Estados Unidos, pouca base para argumentar que abordar esses danos por meio de restrição governamental seria constitucionalmente permissível.<sup>474</sup>

Diante desse cenário, o autor ressalta que a falsidade factual não comercial provavelmente permanecerá constitucionalmente protegida no futuro previsível, o que ocorre, em grande parte, porque a doutrina existente, embora menos clara do que poderia ser, quase certamente não permite regulamentação. Além disso, segundo Schauer, em uma cultura de desconfiança generalizada do governo, e com uma tradição da Primeira Emenda em que a desconfiança do governo cresce grandemente como uma justificativa de liberdade de expressão, a probabilidade de qualquer mudança na doutrina é remota, pois esta é uma tradição na qual a desconfiança do governo para decidir quais ideias são verdadeiras e quais são falsas se estendeu não apenas aos tipos de ideias sociais, políticas, morais, religiosas e culturais que realmente rotulamos como "ideias", mas

---

473 SCHAUER. *Facts and the First Amendment*, 2010, p. 914, 915.

474 *Ibidem*, p. 915.

também a proposições de fato. Como exemplo dessa característica da tradição norte-americana, Schauer recorda a disposição de sancionar a negação do Holocausto que existe em numerosas sociedades liberais e democráticas e que está em total contraste com a prática americana.<sup>475</sup>

Após todas estas considerações surge, então, para Schauer, a pergunta central que é a de indagar o que é que pode ser feito para lidar com esse problema aparentemente crescente da falsidade factual. O autor observa que não há uma resposta fácil para essa pergunta, mas qualquer resposta deve começar onde a Primeira Emenda termina. Segundo o autor, a Primeira Emenda claramente não permite a restrição de falsidades factuais não comerciais e não difamatórias na esfera pública, mas a Primeira Emenda é amplamente omissa sobre outras abordagens possíveis.<sup>476</sup>

Dessa forma, o autor conclui que o fenómeno da falsidade factual persistente deve ser uma ocasião de pausa ou embaraço para a tradição da liberdade de expressão e, igualmente, para qualquer país que adotou fortes proteções para a expressão e a imprensa. Schauer reitera que a afirmação de que a verdade irá normalmente, mesmo que não necessariamente, prevalecer sobre a falsidade tem sido uma característica difundida da retórica da liberdade de expressão e que ainda permanece conosco, embora haja poucas evidências disso.<sup>477</sup>

Para o autor, a Primeira Emenda, entendida em seu aspecto tradicional amplamente negativo permanece quase completamente despreocupada com a falha do mercado no mercado de ideias e com o desequilíbrio entre os falantes, seus recursos e seu poder de persuasão. Ele entende que, talvez ironicamente e talvez o mais importante, é que a mesma Primeira Emenda que tem persistentemente ignorado as falhas epistêmicas do mercado de ideias é a mesma Primeira Emenda que também deixa o tratamento de tais falhas ao critério do governo, contanto que os métodos que o governo emprega fiquem livres de restrições aos falantes privados. Assim sendo, Schauer ressalta que não apenas nem a teoria da Primeira Emenda, nem a história, nem a doutrina restringem significativamente a capacidade do governo de tentar corrigir a imprecisão factual pública generalizada, como também nem essa teoria, história e doutrina desabilitam quaisquer outras abordagens, como a educação, o financiamento ou o apoio a certos pontos de vista.<sup>478</sup>

Por isso, segundo o autor, em alguns aspectos, as limitações da Primeira Emenda também são seus pontos fortes. Com efeito, para Schauer, a Primeira Emenda pode ficar

---

475 SCHAUER. Facts and the First Amendment, 2010, p. 915, 916.

476 Ibidem, p. 917.

477 Ibidem, p. 898, 899.

478 Ibidem, p. 917, 918.

embaraçada com a proliferação da falsidade pública porque presumivelmente, de Milton a Madison, Mill e Holmes até o presente, isso é parte do que a ideia de liberdade de expressão e sua incorporação particular na Primeira Emenda foi projetada para prevenir. Apesar disso, Schauer destaca que a Primeira Emenda pode ter sido ineficaz para lidar com o problema da falsidade factual pública, não apenas por causa das deficiências empíricas do modelo de mercado de ideias, mas também porque foi projetada para servir a um propósito bastante limitado de prevenir a supressão do governo, ao invés de servir como garantidora da exatidão ou da qualidade em geral do debate público. Na medida em que isto é assim, para Schauer, a Primeira Emenda, que foi impotente para lidar com a questão da falsidade factual pública generalizada, é também a Primeira Emenda que pode ser desejavelmente impotente para impedir o governo de lidar de outras maneiras com esse problema.<sup>479</sup>

À vista disso, o autor pondera e conclui que a Primeira Emenda pode ser entendida como uma solução específica para um problema específico, qual seja, um problema relacionado em grande parte à restrição governamental de um domínio relativamente pequeno, mas de vital importância, das comunicações não governamentais. De fato, Schauer reconhece que isso deixa muita coisa fora da Primeira Emenda. No entanto, para ele, de todo modo, a Primeira Emenda já é aplicável a apenas um pequeno segmento da regulamentação governamental sobre o comportamento comunicativo, e em seu aspecto negativo é aplicável a um segmento ainda menor, proporcionalmente, da política de comunicação no sentido mais amplo.<sup>480</sup>

Segundo o autor, quem ou o que deveria dizer o quê para quem, embora seja ligeiramente uma questão sobre regulamentação da fala, é muito mais uma questão envolvendo a política, economia e sociologia de quem fala, quem escreve, quem publica e quem transmite, entre outras formas de comunicar, e de quem escuta, quem lê, quem compra e quem assiste, entre outras formas de obter informações e ideias fornecidas por terceiros. Para Schauer, este é um enorme domínio da vida pública e reconhecer que a Primeira Emenda é apenas um pequeno fragmento da política de comunicações deixa numerosas questões de política de comunicações intocadas pela Primeira Emenda. O autor ressalta que a aceitação cada vez maior da falsidade factual patente é uma dessas questões, cujas dimensões econômica, psicológica, sociológica, cultural, científica e política são muito mais importantes do que as jurídicas e constitucionais.<sup>481</sup>

---

479 SCHAUER. *Facts and the First Amendment*, 2010, p. 918.

480 *Ibidem*, p. 919.

481 *Ibidem*.

Com efeito, Schauer observa que, embora isso possa desapontar alguns advogados e constitucionalistas, quando eles descobrirem que a Primeira Emenda que eles tanto estimam fez pouco para evitar o problema da falsidade factual generalizada, eles podem vir a perceber também que a mesma Primeira Emenda também pode fazer muito pouco para resolvê-lo. Para o autor, assim como nem a lei nem a Constituição podem ser a cura para todos os problemas de política de nossos dias, a Primeira Emenda também não pode ser a cura para todos os problemas de comunicação e informação de nossos dias. Finalizando a reflexão a respeito da relação entre a liberdade de expressão e os fatos demonstravelmente falsos, Schauer ressalta que muito mais do que a liberdade da Primeira Emenda criou uma sociedade na qual a verdade parece importar tão pouco, e, como consequência, muito mais do que a liberdade da Primeira Emenda será necessário para fazer qualquer coisa a respeito.<sup>482</sup>

### 3.8 O EXCEPCIONALISMO DA CULTURA AMERICANA

As características do Princípio da Liberdade de Expressão que vimos até o momento dizem respeito a este princípio tal como ele se desenvolve e é aplicado, principalmente, nos Estados Unidos. Mas, a jurisdição norte-americana, neste e em muitos outros aspectos, é bastante diferente daquilo que vemos em outras jurisdições, tal como a própria jurisdição brasileira. Essa particularidade do contexto norte-americano não é um tema que passou despercebido por Schauer, de modo que, em seguida, revisitaremos o que o autor ponderou acerca da natureza de tais diferenças e dos motivos pelos quais a cultura americana é excepcional em matéria de liberdade de expressão, em comparação com outras jurisdições.

O autor inicia o exame da questão ponderando que embora o direito à liberdade de expressão seja a norma internacional, os contornos desse direito variam amplamente, mesmo entre as democracias liberais que entendem o valor do direito e a importância de aplicá-lo com seriedade. Para Schauer, entre as manifestações mais interessantes dessa variedade entre as democracias liberais está a maneira como a Primeira Emenda americana permanece uma recalcitrante exceção a um crescente entendimento internacional do que a liberdade de expressão acarreta, evidenciando que em várias dimensões, a abordagem americana é excepcional.<sup>483</sup>

Antes de aprofundar na discussão, o autor entende que é útil, de início, distinguir entre excepcionalismo substantivo e excepcionalismo metodológico. Segundo Schauer,

---

482 SCHAUER. *Facts and the First Amendment*, 2010, p. 919.

483 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p.2.

devemos entender como excepcionalismo substantivo os resultados e as doutrinas reais, ao passo em que o excepcionalismo metodológico diz respeito aos métodos e abordagens predominantemente, mas não exclusivamente, presentes nos tribunais e que produzem, por sua vez, os resultados e as doutrinas do excepcionalismo substantivo.<sup>484</sup>

Quanto ao entendimento americano da liberdade de expressão e o seu excepcionalismo substantivo, Schauer ressalta que este é um entendimento que destoa em comparação com os padrões internacionais, tendo em vista que uma série de resultados e resoluções americanas de conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos e objetivos são totalmente divergentes dos resultados e resoluções alcançados na maioria das outras democracias liberais. E a razão para tanto, segundo Schauer, não é porque a Primeira Emenda em sua nona década de aplicação judicial séria seja simplesmente mais velha, com outras nações apenas agora reconhecendo e atualizando os desenvolvimentos americanos mais arraigados, pois, para ele, grande parte do resto do mundo democrático desenvolvido já considerou cuidadosamente a resolução americana de numerosas questões de liberdade de expressão nas quais os Estados Unidos são atípicos e, após essa consideração, escolheu deliberadamente um curso diferente.<sup>485</sup>

Já quanto ao excepcionalismo metodológico que implica em divergências de abordagem, Schauer recorda que é amplamente aceito, no Canadá, na África do Sul e na Europa, que a metodologia americana é marcada por uma compreensão profundamente diferente da estrutura de julgamento da liberdade de expressão, com a abordagem americana caracterizada por uma ênfase na categorização das regras diretamente na sua base, em contraste com a abordagem mais flexível e aberta destes locais que geralmente anda sob a bandeira da "proporcionalidade". Além dos resultados substantivos, portanto, o autor destaca que é amplamente aceito na maioria das democracias liberais que os Estados Unidos são considerados discrepantes não apenas no que diz respeito às doutrinas e políticas da liberdade de expressão, mas também no que concerne a própria metodologia da liberdade de expressão.<sup>486</sup>

Cabe ainda notar que, embora o autor não tenha abordado especificamente a jurisdição brasileira, muitos dos comentários que ele tece acerca das experiências europeia e canadense se aplicam, em alguma medida, à nossa experiência, tendo em vista que há também uma certa tendência da jurisprudência brasileira para os estilos de interpretação e aplicação judiciais mais abertos, como o da proporcionalidade, referido por

---

484 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p.3.

485 Ibidem.

486 Ibidem, p. 3, 4.



Schauer a respeito de tais jurisdições. Conforme o diagnóstico de Ronaldo Porto Macedo Júnior acerca das características do modo pelo qual a liberdade de expressão foi internalizada e é aplicada no Brasil:

Existe agora no Brasil um acordo inesperado entre a direita, grupos religiosos, e muitos movimentos de direitos humanos que apoiam um modelo europeu de liberdade de expressão. De muitas maneiras, o “Modelo Brasileiro” baseado em uma doutrina da ponderação e uma conceituação vaga da Dignidade Humana dá muita margem de manobra aos tribunais para que estes decidam os limites da liberdade de expressão. As decisões judiciais baseadas na retórica da ponderação estão se tornando dominantes no Supremo Tribunal Federal, o qual geralmente tenta evitar questões epistemológicas relativas à objetividade e à justificativa moral. [...] Há uma evidente falta de uma conceitualização mais refinada de ideias, como o incitamento e, às vezes, uma aceitação não explícita da ofensividade como uma base sólida para limitar a liberdade de expressão. Além disso, o Judiciário não dá atenção clara ao fato de que alguns discursos são feitos em debate público e outros não. A democracia (geralmente definida de forma vaga) é frequentemente invocada como a justificativa exclusiva para a liberdade de expressão. As decisões do Judiciário brasileiro sobre a liberdade de expressão são sintomas claros de duas doenças intelectuais distintas. Por um lado, podem ser vistas como um uso técnico equivocado da doutrina da ponderação. [...] Por outro lado, acreditamos que o uso das técnicas de ponderação foi naturalizado na doutrina e na prática brasileira. Nesse sentido, a aplicação do método da ponderação em casos de liberdade de expressão dificilmente é contestada por juristas que na maioria das vezes discordam sobre como balancear ou sobre a avaliação dos direitos, e decidem caso a caso. Os juristas dificilmente questionam a própria opção por esse método em casos de liberdade de expressão. A ponderação foi banalizada e naturalizada no Brasil.<sup>487</sup>

Sendo assim, ante a semelhança da natureza teórica – ainda que não da natureza de aplicação do princípio da liberdade de expressão, em razão do apontado uso equivocado da doutrina da ponderação –, podemos considerar que parte das reflexões de Schauer acerca do contraste entre o excepcionalismo norte-americano e as demais democracias liberais como a Europa e o Canadá se aplicam, em alguma medida, também ao Brasil.

Retornando ao excepcionalismo norte-americano, de acordo com Schauer, o fenômeno do excepcionalismo substantivo é significativo e precisa de uma explicação mais profunda, ao passo em que o excepcionalismo metodológico, por outro lado, pode ser mais efêmero e explicável em grande parte em termos de um curso natural de complexificação de direitos, no sentido do modo pelo qual direitos articulados de forma simples evoluem para outros ainda mais complexos, na medida em que os tomadores de decisão enfrentam uma gama maior de problemas, percebem padrões dentro dessa gama

487 MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? **Revista Direito GV**, vol. 13, n. 1, p. 274-302, jan./abr. 2017, p. 275, 282. (TPA).

e desenvolvem regras, princípios e presunções necessárias para que gerenciem essa gama maior.<sup>488</sup>

Partindo da premissa de que a metodologia da liberdade de expressão americana reflete esse processo, Schauer observa que o que pode parecer como diferenças metodológicas acaba desconsiderando o reflexo de uma experiência americana mais longa e extensa com questões de liberdade de comunicação. Consequentemente, para ele, pode ser que o desenvolvimento ao longo do tempo de uma base experiencial maior em outros regimes acabe produzindo métodos mais semelhantes aos americanos, tornando provável que, no futuro, vejamos um grau de convergência metodológica, mesmo em face de poucas mudanças no estado atual de divergência substantiva.<sup>489</sup>

Esclarecida a distinção entre excepcionalismo substantivo e excepcionalismo metodológico, Schauer retorna à pergunta acerca das razões pelas quais os Estados Unidos são tão atípicos no que diz respeito à liberdade de expressão. Para o autor, em áreas específicas da liberdade de expressão, pode ser possível explicar as diferenças com base em aspectos históricos de certas questões, como, por exemplo, com a visão de que a experiência nazista explica a lei alemã do discurso do ódio de maneiras que não são replicadas em outros países. Da mesma forma, segundo o autor, a abordagem americana de banir partidos políticos ou de aceitar afirmações do governo sobre ameaças à segurança nacional pode ser explicada como uma reação aos excessos anticomunistas e antissocialistas americanos durante o Pânico Vermelho de 1919 e a era McCarthy.<sup>490</sup>

Mesmo assim, para Schauer, quando deixamos de olhar para tópicos específicos para ver toda a gama de questões de liberdade de expressão, torna-se aparente que não é apenas no quesito do discurso de ódio, difamação ou em qualquer outra coisa que os Estados Unidos estão sozinhos, pois virtualmente, em toda a gama da liberdade de expressão os Estados Unidos são atípicos. Assim, o autor destaca que se estivermos procurando explicar essa divergência em larga escala é improvável que as dimensões históricas e contextuais de doutrinas específicas forneçam muita assistência.<sup>491</sup>

Schauer ressalta que a versão americana da liberdade de expressão sem dúvida influenciou o desenvolvimento do direito em todo o mundo, mas os limites dessa influência são, para ele, muito mais notáveis do que seus efeitos. Há para ele a necessidade de explicação deste excepcionalismo e, com esse intuito, ele passa a elencar uma série de hipóteses que poderiam explicar este excepcionalismo norte-

---

488 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p.4.

489 Ibidem.

490 Ibidem, p.19.

491 Ibidem.

americano, quais sejam: a existência de um texto desequilibrado, uma preferência norte-americana pela liberdade e, por fim, uma cultura própria de desconfiança.<sup>492</sup>

Inicialmente, no que diz respeito à existência de um texto desequilibrado como hipótese para este excepcionalismo, Schauer recorda que uma característica notável da Primeira Emenda é o aparente caráter absoluto do seu texto e o amplo escopo dentro do qual esse caráter absoluto parece se aplicar. O autor acrescenta também que, com a exceção da previsão de igualdade pela Décima Quarta Emenda e os direitos dos acusados a um julgamento justo protegidos pela Sexta Emenda, a maioria dos interesses que são tipicamente tomados como justificativas de restrições à liberdade de expressão em todo o mundo não estão na Constituição dos Estados Unidos, ao contrário de muitas de suas contrapartes internacionais que têm reconhecimento constitucional explícito. Como exemplo, o autor afirma que, embora exista um direito moral à reputação, na Constituição dos Estados Unidos, ao contrário de como é na Constituição alemã, este não é um direito que o texto constitucional explicitamente reconheça. Schauer recorda que o mesmo ocorre com a dignidade humana, que é explicitamente mencionada em muitas constituições, bem como com a privacidade, que nos Estados Unidos é reconhecida apenas por lei e não pela Constituição.<sup>493</sup>

Diante destas considerações, Schauer entende que certamente é plausível supor que a natureza unilateral do texto da Primeira Emenda tenha desempenhado pelo menos algum papel no desenvolvimento de um ambiente constitucional, no qual os direitos de liberdade de expressão e de imprensa são considerados especialmente importantes.<sup>494</sup>

Em seguida, no que diz respeito à preferência pela liberdade como hipótese de explicação do excepcionalismo norte-americano, Schauer observa:

Muitas das controvérsias sobre a liberdade de expressão apresentam conflitos entre liberdade e igualdade, com as questões relativas ao discurso de ódio e muitas formas de pornografia entre as mais notáveis. Além disso, estas controvérsias entre liberdade e igualdade, bem como outros conflitos entre liberdade e o que pode ser amplamente chamado de "civildade", também destacam uma diferença entre, vagamente e a grosso modo, uma visão individualista libertária do mundo, e, novamente, vagamente e grosseiramente, uma visão coletiva ou comunitária do mundo. E na medida em que tais contrastes refletem diferenças reais, não seria implausível entender o excepcionalismo da liberdade de expressão americana como uma manifestação dos fortes aspectos libertários e individualistas da própria sociedade americana. Visto deste ponto de vista, não é apenas no que diz respeito à liberdade de expressão que os Estados Unidos se destacam de grande parte do resto do mundo democrático desenvolvido, mas também, por exemplo, com respeito à sua taxa de imposto marginal mais baixa, sua disposição de confiar à decisão individual e à iniciativa

492 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p.20.

493 Ibidem, p. 20, 21.

494 Ibidem, p. 22.

privada questões de saúde e aposentadoria, as quais em sociedades mais coletivas são tidas como comunitárias e não individuais.<sup>495</sup>

Assim, o autor destaca que os Estados Unidos, nestas e em um grande número de outras questões, está isolado, o que representa um símbolo de um certo tipo de preferência pela liberdade, mesmo quando ela entra em conflito com valores de igualdade e outros valores comunitários importantes. Daí que, para Schauer, o elenco libertário do pensamento político e social americano pode ajudar a explicar a razão pela qual a liberdade de expressão é considerada preeminente naquela série de casos em que as limitações à expressão podem ser razoavelmente consideradas como um avanço para valores de comunidade e de igualdade.<sup>496</sup>

Por fim, uma terceira hipótese relatada por Schauer, que explicaria este excepcionalismo norte-americano, é a existência de uma cultura de desconfiança. O autor afirma que está bem documentado que por muitos anos o grau de desconfiança dos cidadãos em relação ao governo nos Estados Unidos foi maior do que em um vasto número de outras nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Segundo Schauer, embora não esteja claro se esta cultura de desconfiança contribui para o libertarianismo americano ou se o libertarianismo americano é a causa mais profunda, com a desconfiança do governo sendo apenas uma das consequências, independentemente das causas dessa desconfiança no governo, para ele parece evidente que a desconfiança americana do governo é um fator que contribui para uma abordagem fortemente libertária dos direitos constitucionais.<sup>497</sup>

Ainda sobre a hipótese da cultura de desconfiança, o autor acrescenta que a Constituição dos Estados Unidos é uma constituição fortemente negativa, motivo pelo qual ver a Constituição como o veículo para garantir direitos sociais, direitos da comunidade ou direitos positivos do cidadão de qualquer tipo é, para melhor ou para pior, altamente improvável. Schauer destaca também a existência de um ceticismo sobre a capacidade de qualquer instituição governamental de distinguir confiavelmente o bom do mau, o verdadeiro do falso e o sólido ou incerto, em razão do entendimento de que não cabe ao governo nem aos tribunais, por exemplo, decidir que as ideias nazistas são perigosas, ou que as opiniões da Ku Klux Klan são erradas e perniciosas.<sup>498</sup>

Para o autor, todas estas hipóteses para o excepcionalismo norte-americano refletem a maneira pela qual a Primeira Emenda é o repositório natural para uma cultura

495 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 22, 23. (TPA).

496 Ibidem, p. 23.

497 Ibidem, p. 23, 24.

498 Ibidem.

na qual o libertarianismo, o *laissez-faire* e a desconfiança do governo permanecem como marcas de uma ideologia americana distinta. Segundo Schauer, estas razões de proveniência histórica contribuem para um ambiente nos Estados Unidos em que os interesses pela liberdade de expressão têm um grau de poder político e influência social não replicado em países nos quais o surgimento dos interesses pela liberdade de expressão tem uma história diferente.<sup>499</sup>

No tocante à interação entre a experiência norte-americana e as demais jurisdições, Schauer considera que a doutrina jurídica e constitucional americana permanece em algum lugar entre resistente e hostil aos modelos e orientações não americanos. O autor afirma que, ao contrário da disposição menos formal de olhar para o exterior, que é característica de uma cultura constitucional multinacional emergente, os tribunais americanos, os advogados americanos e a cultura constitucional americana têm sido teimosamente anti-internacionais, muitas vezes tratando a influência estrangeira como uma via de mão única, na qual os americanos influenciam os outros, mas são pouco influenciados em troca.<sup>500</sup>

No entanto, Schauer frisa que são necessários dois para divergir, de forma que o excepcionalismo da liberdade de expressão americana é uma função não apenas da relutância dos americanos em consultar, e às vezes até tentar se harmonizar com abordagens não americanas, como também é uma função de uma crescente indisposição dos não americanos em ser orientados e influenciados por modelos americanos. O autor atribui essa indisposição dos não americanos em parte à ascensão da Europa, em parte ao que ocorreu no Iraque e questões relacionadas, que geram hostilidade às ideias e modelos americanos e, em parte ao próprio fenômeno de excepcionalismo americano, fatores estes que, de acordo com Schauer, ocasionam uma diminuição da vontade de olhar de fora dos Estados Unidos para as ideias americanas de liberdade de expressão. Para o autor, se quisermos explicar a recepção ou a não recepção contemporânea dos ideais da liberdade de expressão e de imprensa americanas, precisamos compreender as numerosas forças políticas, sociais, econômicas, culturais e históricas que levariam países ou comunidades a olhar para ou a desviar o olhar dos Estados Unidos em um sentido mais amplo.<sup>501</sup>

Tudo o que foi visto até aqui ainda deixa aberta a questão do excepcionalismo metodológico, eis que, conforme vimos no início, Schauer entende que as nações variam não apenas na natureza e na extensão de seus compromissos substantivos com vários

---

499 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 24, 26.

500 Ibidem, p. 30.

501 Ibidem, p. 30-32.

direitos, mas também em sua abordagem metodológica para decidir os conflitos entre direitos.<sup>502</sup>

Segundo o autor, costuma-se dizer que a adjudicação da liberdade de expressão americana é metodologicamente distinta por empregar um processo formal e nitidamente demarcado de duas etapas, sendo a primeira etapa uma decisão baseada em categorias sobre se o ato em questão é ou não abrangido pela Primeira Emenda. Assim, explica o autor que, se o ato está dentro do alcance da Primeira Emenda, a questão se volta na segunda etapa para qual das numerosas regras da Primeira Emenda que deve ser aplicada. Em contraste, Schauer afirma que em outras democracias constitucionais, todos os atos de expressão são entendidos como sendo abrangidos pelo âmbito do direito, com a investigação séria voltada para a questão menos formal e mais aberta de se uma restrição é razoável, necessária em uma sociedade democrática, ou, mais comumente, proporcional à luz da importância da restrição e da extensão do interesse da liberdade de expressão que é restringido.<sup>503</sup>

Schauer destaca que o contraste entre os dois estilos de julgamento reflete uma diferença genuína, eis que há uma distinção que vale a pena marcar entre, de um lado, um direito que é definido estritamente e tem enorme rigor dentro de seu escopo estreito e, de outro, um direito definido mais amplamente, mas com menos rigor e mais flexibilidade dentro desse escopo amplo. A partir dessa distinção, o autor entende que é de fato possível que as diferenças atuais entre o estilo categorial americano e o estilo de proporcionalidade não americano, incorporado pelas jurisdições canadense, sul-africana e europeia – e certamente a brasileira, embora esta não tenha sido referida pelo autor - na tomada de decisões reflitam diferenças genuínas no estilo judicial, na compreensão do caminho em que os direitos operam, bem como na compreensão das ideias de liberdade de expressão. No entanto, para Schauer, embora essas diferenças mais profundas sejam possíveis, pode ser muito cedo para dizer se essas diferenças serão duradouras ou se, em vez disso, o que agora parecem diferenças reais refletem pouco mais do que diferentes estágios no desenvolvimento de estruturas de tomada de decisão sobre a liberdade de expressão.<sup>504</sup>

Quanto à esta possibilidade, de que estas diferenças reflitam apenas diferentes estágios, Schauer reitera que pode muito bem ser que o que no momento pareça ser uma grande diferença de estilo ficará menor na medida em que os tribunais fora dos Estados Unidos considerem cada vez mais necessário demarcar as reivindicações que serão

---

502 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p. 32.

503 Ibidem, p. 33.

504 Ibidem, p. 34.

rejeitadas sumariamente das reivindicações que exigem um exame judicial sério. Dentro dessa dinâmica, o autor sugere que é possível especular que o futuro verá as jurisdições não americanas precisando encontrar alguma forma de classificar, na primeira etapa da análise sobre o que é exatamente a liberdade de expressão, o que é para ele o que os tribunais americanos têm feito por anos sob a rubrica de definir o escopo da liberdade de expressão.<sup>505</sup>

Com efeito, a despeito dessa especulação, Schauer reconhece que existem diferenças entre os países no grau de discricionariedade que os tribunais terão ao julgar questões de liberdade de expressão. Entretanto, segundo o autor, repetidamente e independentemente do assunto, estamos vendo alguma convergência de abordagens em questões jurídicas, sendo estas convergências baseadas ou não em regras. Assim, o autor destaca que da mesma forma como as abordagens baseadas em regras muitas vezes vêem as bordas das regras arredondadas quando casos difíceis são apresentados, o mesmo acontece com abordagens mais abertas e discricionárias, dentre as quais a investigação da proporcionalidade, as quais evoluem para abordagens mais dependentes de regras por razões de limites na capacidade humana ou judicial de lidar simultaneamente com muitas opções desorganizadas.<sup>506</sup>

De acordo com Schauer, se não pudermos controlar a quantidade, a variedade de casos e o tempo de experiência necessário para lidar com essas questões - e no momento, para ele, não estamos nem perto de fazer isso -, pode ser impossível dizer se há um genuíno excepcionalismo metodológico no estilo americano de abordagem à liberdade de expressão ou se, em vez disso, as diferenças atuais simplesmente mostram o efeito da diferença entre uma tradição de julgamento da liberdade de expressão que remonta a quase um século e tradições que têm menos de duas décadas e ainda não desenvolveram as incrustações de doutrinas, regras, advertências, qualificações, máximas, princípios, exceções e presunções que qualquer conjunto maduro de direitos legais ou constitucionais desenvolverá com o tempo.<sup>507</sup>

Por isso, no que diz respeito a esta especulação sobre os possíveis diferentes estágios do excepcionalismo metodológico, o autor conclui ponderando que, embora as diferenças contemporâneas entre as abordagens metodológicas americanas e não americanas sejam dignas de nota e valham a pena ser observadas ao longo do tempo, para ele, ainda pode ser muito cedo para rejeitar com alguma confiança a hipótese de que o que estamos vendo não é nada mais profundo do que as diferenças refletidas por

---

505 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p. 35.

506 *Ibidem*, p. 35, 36.

507 *Ibidem*.

diferentes estágios no desenvolvimento da doutrina jurídica e, portanto, diferentes estágios no desenvolvimento do direito legal e constitucional à liberdade de comunicação.<sup>508</sup>

Por fim, pensando em eventual juízo de valor sobre esse excepcionalismo substantivo e metodológico norte-americano, cabe novamente ressaltar que esta não é uma característica do trabalho de Schauer e, nesse quesito, a sua postura não poderia ser diferente. Segundo o autor, muitos comentaristas nos Estados Unidos e no resto do mundo estão muito dispostos a oferecer suas opiniões sobre se o excepcionalismo americano é para o bem ou para o mal e se as abordagens substantivas americanas de assuntos como difamação, discurso de ódio, e a publicidade comercial de produtos perigosos é melhor ou pior do que as encontradas em outros lugares. O autor expressamente reconhece que evita de modo deliberado tal avaliação. Schauer afirma que, no espírito do comparativismo genuíno, procura apenas identificar e tentar começar a explicar as diferenças, deixando a avaliação normativa dessas diferenças para outras pessoas ou outros momentos.<sup>509</sup>

### 3.9 COLISÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM OUTROS VALORES

No presente capítulo sobre os aspectos teóricos e práticos do Princípio da Liberdade de Expressão, dentre outros pontos, já revisitamos o pensamento de Schauer acerca da distinção entre a cobertura e a proteção de um direito, qual é exatamente o conteúdo coberto pela ideia de comunicação na liberdade de expressão, a pressão existente sobre as fronteiras da cobertura, o excepcionalismo da cultura norte-americana, as dimensões da coerção e a relação entre a liberdade de expressão e os fatos. Assim, nesse momento cabe revisitarmos mais um ponto abordado por Schauer que também está relacionado a tais tópicos, qual seja, a colisão do princípio da liberdade de expressão com outros valores, e qual é a avaliação – crítica e não necessariamente normativa - que Schauer faz a respeito do tema.

Schauer começa a análise afirmando que uma vez que determinamos a aplicabilidade do princípio da liberdade de expressão, devemos determinar a sua força, eis que, conforme vimos nos tópicos anteriores, um princípio não prevalece apenas porque se aplica. Daí que, para Schauer, surgem as indagações sobre a força do princípio dentro da sua área de abrangência, sobre quais são os interesses que prevalecem em

---

508 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 36.

509 Ibidem, p. 37.



face do Princípio da Liberdade de Expressão, em quais circunstâncias e sobre o que é necessário para superar este princípio.<sup>510</sup>

Em primeiro lugar, para o autor, é importante que reconheçamos a distinção e a relação entre a força de um direito e o escopo de um direito. O autor reconhece que essa terminologia é apenas outra maneira de expressar a distinção entre a cobertura e a proteção que discutimos anteriormente. Entretanto, ele entende que os termos “força” e “escopo” são particularmente esclarecedores nesse tema. Schauer reitera que o escopo de um direito é o seu alcance, as atividades alcançadas por este escopo que pode ser estreito ou amplo. Como exemplo, o autor observa que definir o escopo da liberdade de expressão como autoexpressão seria muito amplo, ao passo em que definir este escopo como a liberdade de comunicação seria substancialmente mais restrito e, como liberdade de comunicação política, ainda mais restrito. Em contrapartida, para Schauer, a força de um direito é a sua capacidade de superar interesses e valores opostos dentro de seu escopo.<sup>511</sup>

Quanto a essa distinção entre a força e o escopo de um direito, Schauer ressalta que o que deseja enfatizar é que, embora o escopo de um direito e a força desse direito não estejam unidos por uma relação lógica estrita, eles ocorrem com mais frequência em proporção inversa um ao outro, na medida em que quanto mais amplo o escopo do direito, o mais provável é que ele se torne mais fraco, principalmente, porque ampliar o escopo aumenta a probabilidade de conflito com outros interesses, alguns dos quais podem ser tão ou mais importantes. Por outro lado, o autor destaca que direitos de escopo mais restrito são considerados mais facilmente como muito fortes dentro desse escopo estreito. Assim, para o autor, qualquer exame de direitos deve primeiro reconhecer essa inter-relação e, então, tentar preservar algum equilíbrio entre o escopo e a força.<sup>512</sup>

Em segundo lugar, Schauer afirma que devemos levar em conta também uma distinção importante entre o caráter absoluto de um direito político e o caráter absoluto de um direito jurídico. Segundo o autor, um direito político forte, mas não absoluto, pode ainda no nível de aplicação ser convertido em um direito jurídico absoluto. A questão para ele diz respeito ao nível em que o processo de ponderação ocorrerá e quais pessoas ou instituições serão encarregadas do processo de ponderação, tendo em vista que podemos ponderar as questões no nível de formulação de regras se concluirmos que é melhor ter um direito absoluto a fim de impedir que juízes, júris ou o legislativo dêem possivelmente peso insuficiente ao Princípio da Liberdade de Expressão ou podemos, em

---

510 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 131.

511 Ibidem, p. 134, 135.

512 Ibidem.

vez disso, permitir que a ponderação ocorra no nível da aplicação, permitindo assim aos juízes determinar no caso individual se os interesses contrários superam a força do Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>513</sup>

De fato, o autor reconhece que é comumente suposto que este tipo de ponderação *ad hoc* ou casuística resulta em um princípio da liberdade de expressão não forte o suficiente. No entanto, para Schauer, embora isso seja provavelmente verdade como uma observação empírica, dificilmente é uma verdade necessária, eis que é possível criar princípios de força insuficiente no nível de formulação de regras da mesma forma como é possível para um juiz no nível de aplicação aplicar um princípio de um modo que lhe dê grande poder. Conforme pondera o autor:

Ao buscar respostas a essas perguntas relativas à combinação adequada de orientação e discricção, é importante lembrar que não há correlação necessária entre a abordagem empregada e a força da proteção da primeira emenda. Embora o balanceamento *ad hoc* tenha sido tradicionalmente associado a uma proteção insuficiente da Primeira Emenda e regras categoriais com uma proteção poderosa, poderia muito bem ter sido e ainda pode ser que seja de outra forma.<sup>514</sup>

Assim, Schauer destaca que uma análise completa de qualquer princípio político deve lidar com o grau em que qualquer instituição pode proteger esse princípio, evidenciando que o problema da força de um princípio está entrelaçado com o problema do desenho de instituições para a proteção dos princípios políticos em geral.<sup>515</sup>

Schauer destaca ainda que o reconhecimento do Princípio da Liberdade de Expressão envolve a proteção de algumas palavras, apesar de seu efeito prejudicial. No entanto, para ele, parece relativamente incontroverso afirmar que a liberdade de expressão não é e não pode ser um direito absoluto, bem como que não há como evitar a difícil tarefa de avaliar a força dos interesses da liberdade de expressão, a força dos interesses opostos e a ponderação entre os dois. O autor ressalta que não existe fórmula simples ou precisa que nos permitirá lidar com todos os problemas da liberdade de expressão, eis que os ideais dentro de uma sociedade variam e, portanto, os pesos dos interesses opostos variam. Mesmo assim, ele entende que devemos procurar um método de avaliação destes interesses opostos.<sup>516</sup>

Nesse sentido, o autor pondera que, no fundo, a questão é estabelecer, de um lado, alguns princípios de prioridade entre a liberdade de expressão e, de outro, os vários

<sup>513</sup> SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 135, 136.

<sup>514</sup> SCHAUER. *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 1981, p. 303. (TPA).

<sup>515</sup> Cf. SCHAUER. *Towards an Institutional First Amendment*, 2005.

<sup>516</sup> SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 131-135.

interesses inconsistentes com esta liberdade, observado que apenas quando há inconsistência é que haverá a necessidade de ponderação e estabelecimento de prioridades. Quanto a estas questões de prioridade, Schauer afirma que elas se confundem com a definição do interesse cuja prioridade está em causa e com a identificação da instituição que deve fazer a determinação da prioridade.<sup>517</sup>

Um destes tipos de colisão relatados por Schauer se dá quando devemos sopesar a liberdade de expressão contra o interesse público em geral. Conforme também vimos no início do trabalho, o autor reitera que, se o Princípio da Liberdade de Expressão tem força, a presunção deve ser contra a restrição, fazendo com o que o ônus da prova recaia sobre o interesse público. Segundo o autor, mostrar apenas que a restrição favoreceria o interesse público seria insuficiente, pois isto desconsideraria o maior ônus de justificativa imposto pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Quando comparada com o interesse público geral, o autor ressalta que a liberdade de expressão é considerada como o valor superior, eis que o sistema deve tratar uma violação ilícita da liberdade de expressão como um dano mais grave do que um dano ilícito ao interesse público.<sup>518</sup>

Sobre o estabelecimento dessa preferência, Schauer pondera que se o desenho das regras não reflete pelo menos algum desequilíbrio para minimizar os erros da liberdade de expressão, mesmo ao custo de aumentar outros erros, então, não estamos incorporando o Princípio da Liberdade de Expressão em nossas instituições. De acordo com o autor, uma regra perfeita é inatingível e estamos diante de apenas duas alternativas: subproteção ou superproteção. Quando reconhecemos um princípio forte, Schauer frisa que estamos selecionando a subproteção como um dano maior do que a superproteção. Assim, o autor considera que superprotegemos a liberdade de expressão não porque queremos, mas porque é a única alternativa à subproteção. Como os erros da superproteção são incorporados à essa escolha, Schauer avalia que a identificação de um desses erros não nos diz nada que já não soubéssemos quando fizemos a escolha inicial de reconhecer um Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>519</sup> No tocante à incerteza do processo legal, o autor prossegue:

Todos os litígios e, de fato, todo o processo legal, é cercado por incertezas. A interação de testemunhas humanas, jurados, juízes e advogados juntamente com a imprecisão de regras feitas por pessoas garantem que haverá pouco no domínio da litígio do qual podemos ter certeza; assim, a capacidade de prever com

517 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 132, 136.

518 Ibidem, p. 133, 139.

519 Ibidem, p. 139.

precisão o resultado de qualquer confronto não é de forma alguma um processo no qual podemos ter um alto grau de confiança. Dada essa incerteza predominante, erros de diferentes tipos podem ocorrer. [...] O reconhecimento desse potencial de erro é, no entanto, apenas o primeiro passo. Como qualquer pessoa que sobreviveu a um curso elementar de estatística ou de teoria da decisão vai se lembrar, também é necessário determinar qual tipo de erro é o mais grave ou prejudicial. É a necessidade dessa determinação, colocada no contexto da Primeira Emenda, que leva à segunda proposição fundamental subjacente à doutrina do efeito dissuasor - que uma limitação errônea da expressão tem, por hipótese, mais inutilidade social do que uma superextensão errônea da liberdade de expressão.<sup>520</sup>

Quanto a estes erros, o autor pondera que a questão difícil para ele é determinar o ponto em que o número ou efeito dos perigos permitidos se torna tão intolerável que sua força total supera o peso unitário reconhecidamente mais forte da liberdade de expressão. Entretanto, Schauer considera que não podemos nem começar a abordar essa questão até que percebamos que existem perigos permitidos.<sup>521</sup>

De acordo com o autor, a ponderação de interesses é difícil porque o processo é empírico e estatístico, além de que os benefícios raramente são claros e só conhecemos os custos após uma série de testes. Para Schauer, infelizmente, não há como escapar de uma abordagem de tentativa e erro, no sentido de reconhecermos o conflito potencial entre a liberdade de expressão e outros interesses, estimarmos a extensão da prioridade do interesse da liberdade de expressão e estabelecermos uma regra incorporando da melhor forma possível essa prioridade relativa. Depois de algum tempo, o autor observa que podemos tentar estimar se a liberdade de expressão está florescendo da forma que desejamos e se os custos são suportáveis. Se não estivermos satisfeitos com o resultado, Schauer destaca que podemos ajustar a regra e continuar fazendo isso até ficarmos satisfeitos com o resultado, em um processo contínuo de afinação.<sup>522</sup>

Após ter esclarecido esse processo de tentativa e erro, Schauer adverte que não pretende que esta descrição funcione como um manual de armas para os formuladores de regras da sociedade e, sim, apenas como uma descrição de um processo existente, mas raramente declarado. O autor ressalta ainda que não há como escapar da avaliação subjetiva dos interesses concorrentes, mas o processo é mais racional uma vez que reconhecemos a multiplicidade de interesses e as questões de prioridade e erro que cercam qualquer tentativa de formular uma regra específica.<sup>523</sup>

520 SCHAUER. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, 1978, p. 687, 688. (TPA).

521 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 141.

522 Ibidem, p. 140.

523 Ibidem, p. 140, 141.

Nessa altura, Schauer reitera que o reconhecimento do Princípio da Liberdade de Expressão implica no estabelecimento de um ônus de justificativa governamental maior para as ações governamentais direcionadas à comunicação do que para as ações governamentais direcionadas a outras formas de conduta. E, para o autor, as palavras específicas adotadas para caracterizar esse fardo refletirão a ponderação feita entre a liberdade de expressão e outros interesses. Como exemplo o autor indica a máxima da doutrina americana da liberdade de expressão de que o ato de expressão pode ser restrito apenas quando houver um perigo claro e presente de que o ato causará um dano significativo ao interesse público. Para compreender a força da regra, Schauer afirma que poderíamos, por comparação, hipotetizar uma regra que poderia existir na ausência de um Princípio da Liberdade de Expressão: a de que a liberdade de expressão pode ser restrita quando é provável que ela cause danos. Segundo o autor, a comparação entre as duas regras é esclarecedora, eis que a regra forte requer que o perigo seja claro e imediato, mas a regra fraca permite a regulação quando o perigo é menos certo e mais remoto no tempo.<sup>524</sup>

No que diz respeito aos momentos e aos espaços em que a ponderação será feita, explica o autor:

Tal como acontece com outros funcionários do governo, resolver este problema requer fazer avaliações sobre a competência daqueles que supostamente estariam aplicando as justificativas de fundo diretamente a casos particulares. Se acreditarmos que o fariam com sensibilidade, sabedoria e acerto em boa parte do tempo, então a abordagem baseada em regras deve ser rejeitada e os juízes instruídos a determinar em casos individuais se os valores que informam o princípio da liberdade de expressão foram promovidos ao derrubar uma ação governamental específica. Os juízes estariam então no negócio de aplicar não o princípio da liberdade de expressão, mas os princípios fundamentais, independente do que eles forem determinados a ser. Por outro lado, se nós acreditarmos que os juízes errariam, por várias razões, com alguma frequência ao aplicar as justificativas de fundo diretamente a casos particulares, então podemos preferir a abordagem baseada em regras, cuja subinclusão e superinclusão impedem os juízes de alcançar o resultado ótimo em todos os casos, mas cuja simplificação probabilística também pode ser ótima sobre o agregado de casos, evitando o número ainda maior de erros que podem ser o produto de uma abordagem particularista.<sup>525</sup>

Sendo assim, Schauer destaca que a ponderação para criar uma regra confia o processo de ponderação ao corpo legislativo e sacrifica a capacidade de pesar os interesses em um caso particular, ao mesmo tempo em que oferece as vantagens da previsibilidade. Já a ponderação no caso individual, para Schauer, tenta obter justiça e

524 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 141.

525 SCHAUER. *The Second-Best First Amendment*, 1989, p. 19. (TPA).

precisão em todos os casos, mas às custas da previsibilidade e, em alguns casos, às custas de confiar o processo de ponderação a pessoas não suficientemente sensíveis às preocupações com a liberdade de expressão. O autor acrescenta que a ponderação também pode ser alcançada com uma regra substantiva ou procedimental, tal como se disséssemos, por exemplo, que a liberdade de expressão pode ser restringida apenas se um júri unânime assim decidir, ou se o governo arcar com o ônus de provar por evidências claras e convincentes de que deve haver uma restrição.<sup>526</sup>

Consequentemente, o autor avalia que todo problema de ponderação entre a liberdade de expressão e outros interesses apresenta quatro questões: primeiro, devemos indagar qual é a prioridade relativa entre a liberdade de expressão e os outros interesses; segundo, há o questionamento de se essa prioridade relativa deve ser estabelecida em uma regra rígida ou determinada caso a caso; terceiro, faz-se necessário questionar quem deve decidir qual será a ponderação - constituição, legislativo, corte, tribunal administrativo, júri ou oficial de execução; quarto, deve ser feita a definição de em que tipos de regras o resultado deve ser incorporado. De acordo com Schauer, todas essas quatro questões estão inter-relacionadas e a falha em considerar alguma delas frequentemente leva a uma regra que se afasta do resultado pretendido.<sup>527</sup>

Mais um ponto que deve ser acrescentado nessa análise é o reconhecimento de que, para Schauer, a forma como caracterizamos os interesses a serem equilibrados também pode predeterminar os resultados. Acerca desse ponto, o autor pede para considerarmos um caso de difamação, baseado na alegação de John Smith de que o almirante do mais alto escalão da Marinha é psicologicamente incapaz de comandar um grande número de pessoas. Segundo Schauer, se caracterizarmos esse problema como envolvendo os interesses conflitantes da segurança nacional e da autoridade militar contra o interesse de John Smith em fazer conjecturas psicológicas, o resultado parece predeterminado. Por outro lado, para o autor, se caracterizarmos o problema como envolvendo os interesses conflitantes do almirante X em evitar críticas contra o interesse do público em avaliar seus líderes e participar das decisões políticas, então, o resultado também é predeterminado, mas com a conclusão oposta.<sup>528</sup>

O autor acrescenta ainda que também está sempre presente a questão de saber se as diferentes categorias de discurso têm direito a pesos diferentes na balança. Como exemplos desse tipo de questionamento, o autor levanta as hipóteses de se o comentário político é mais valioso do que o cinema comercial, se a literatura textual é mais valiosa do

---

526 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 142, 143.

527 Ibidem.

528 Ibidem, p. 143.

que as revistas pictóricas, se o discurso acadêmico é mais valioso do que romances populares ou se as teorias econômicas são mais valiosas do que a propaganda comercial. Quanto a estas hipóteses, Schauer observa que pesos diferentes para categorias diferentes são gerados pelos argumentos específicos para um princípio da liberdade de expressão. Sob o argumento da democracia, por exemplo, o autor afirma que o discurso político é mais merecedor de proteção do que, digamos, literatura ou arte. Em contrapartida, sob o argumento da individualidade, Schauer aponta que o discurso publicado por motivos comerciais merece menos peso.<sup>529</sup>

De fato, para ele, seria bizarramente supersimplificado afirmar que todos os tipos de discurso merecem o mesmo peso. Contudo, o autor ressalta que, embora as distinções entre as categorias pareçam inevitáveis, ainda existem problemas, tendo em vista que, por exemplo, imagens obscenas podem ser usadas para fazer um argumento político, a publicidade comercial pode ser artisticamente criativa e a literatura pode transmitir uma mensagem econômica. Daí que o autor destaca que a atividade de categorizar é substancialmente mais difícil do que o estabelecimento abstrato de categorias. O autor pondera também que o estabelecimento de categorias implica confiar a alguma instituição a responsabilidade de distinguir entre essas categorias. Schauer ressalta que isso não quer dizer que a categorização por classes de discursos nunca seja possível, apenas que decidir se as palavras são um X ou um Y carrega muitos dos mesmos problemas que estão envolvidos na decisão de se as palavras são verdadeiras ou falsas, certas ou erradas, valiosas ou inúteis.<sup>530</sup>

Após ter exposto esse arsenal de fatores que devem ser levados em conta na hipótese da colisão do princípio da liberdade de expressão e outros interesses, sem que se tenha claramente uma resposta daquilo que pode ser considerado eventualmente como uma abordagem, senão ideal, ao menos boa o suficiente, o autor conclui a reflexão advertindo que o leitor que espera um plano mestre para a ponderação de interesses ficará desapontado ao saber que nenhum será oferecido. Schauer ressalta que a ponderação de interesses não pode ser reduzida a uma fórmula simples, por mais que desejemos que assim seja. Segundo o autor, a sua tentativa foi a de sugerir considerações que tornam possível a ponderação inteligente e apontar armadilhas a serem evitadas, o que, em sua expectativa, irá melhorar e refinar o diálogo nos casos em que a liberdade de expressão é um dos interesses a serem ponderados.<sup>531</sup>

---

529 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 144.

530 Ibidem, p. 144.

531 Ibidem, p. 144, 145.

### 3.10 A CONCEPÇÃO ESTRUTURALISTA DOS DIREITOS

Vimos anteriormente a questão da colisão do princípio da liberdade de expressão com outros valores e como essa é uma ponderação que sempre ocorre em algum nível, seja ele administrativo, legislativo ou judicial e casuístico. Vimos ainda que este processo de ponderação resulta em um estabelecimento de prioridades, as quais vão sempre se atualizando, em uma dinâmica de afinação contínua.

No entanto, pode ser que essa necessidade tão pronunciada e dicotômica de estabelecimento de prioridades seja reflexo da nossa atual forma de compreensão individualista dos direitos em geral, forma esta que se opõe a uma outra forma de compreensão dos direitos apresentada por Schauer, qual seja, a concepção estruturalista dos direitos.

Schauer explica que é amplamente aceita a existência de uma concepção “normal” ou “padrão” do que a doutrina da Primeira Emenda faz, a qual é centralmente informada por ícones da tradição da Primeira Emenda que representam a forma essencial de proteção, como *Brandenburg v. Ohio*, *New York Times Co. v. Sullivan*, *New York Times Co. v. Estados Unidos (The Pentagon Papers)*, *Cohen v. Califórnia* e *Texas v. Johnson*. No contexto da regulamentação do discurso eleitoral, das despesas de campanha cercadas pela Primeira Emenda e outras atividades eleitorais, o autor afirma que muitas vezes ouvimos o argumento de que estes e outros casos estabelecem algo como um padrão de interesse convincente para qualquer regulamento de discurso, que o padrão de interesse convincente é praticamente inatingível e, conseqüentemente, que qualquer proposta de regulamento de discurso eleitoral e de financiamento eleitoral seria equivalente a esculpir uma exceção à Primeira Emenda.<sup>532</sup>

Para Schauer, se o melhor entendimento da Primeira Emenda é que seu objetivo principal é proteger a liberdade de expressão como um domínio da ação individual, a serviço dos interesses individualistas da liberdade ou da autoexpressão, então, cada regulamentação do discurso que a maioria poderia procurar impor na busca de vários objetivos sociais ou políticas públicas pode muito bem estar sujeita às demandas de um teste de interesse convincente do Estado e de um escrutínio constitucional estrito. O autor entende que o fato de que a Primeira Emenda é assim entendida por muitos não deveria ser uma surpresa, eis que, para além da Primeira Emenda, muito do direito constitucional americano é expresso na linguagem da proteção dos direitos individuais, como os direitos de participação democrática, direitos à igualdade ou direitos à liberdade de crença.<sup>533</sup>

---

532 SCHAUER; PILDES. Electoral Exceptionalism and the First Amendment, 1999, p. 1808, 1809.

533 Ibidem.



Ainda sobre essa prevalente visão individualista dos direitos, Schauer expõe que a metáfora mais influente para a maneira como os direitos constitucionais costumam funcionar é a imagem que Ronald Dworkin conjurou dos direitos como "trunfos", expressa no que permanece para muitos o texto canônico do liberalismo voltado para os direitos, *Levando os Direitos a Sério*. Schauer relata que nesta obra Dworkin argumentou que os direitos protegem os interesses individuais ao excluir preferências majoritárias ou julgamentos sobre o bem comum como justificativa para limitar direitos, evidenciando como essa perspectiva é facilmente lida para retratar casos constitucionais como envolvendo conflitos diretos entre interesses individualistas - como liberdade, autonomia, personalidade ou dignidade - e julgamentos da maioria sobre o bem comum, com os direitos constitucionais individuais superando o último para garantir o primeiro.<sup>534</sup>

Schauer acrescenta também que não são apenas os defensores da adjudicação agressiva de direitos constitucionais que entendem os direitos dessa maneira individualista. Nesse sentido, o autor aponta como mais um exemplo dessa visão o crítico comunitário Michael Sandel, o qual interpreta a visão predominante dos direitos de visão liberal como refletindo o princípio de que "*sou livre na medida em que sou portador de direitos que garantem minha imunidade a certas decisões majoritárias*".<sup>535</sup>

No entanto, existe para Schauer uma maneira alternativa de entender e falar sobre o ponto e a estrutura dos direitos constitucionais que também pode ser aplicado aos direitos de liberdade de expressão da Primeira Emenda, alternativa esta que o autor chama de "concepção estrutural de direitos". Segundo Schauer, nessa visão, direitos são meios de realizar vários bens comuns, ao invés de serem proteções para interesses individualistas contra julgamentos coletivos sobre esses bens comuns. O autor ressalta que, nessa perspectiva, as proteções concedidas pelos direitos não são justificadas porque protegem esses interesses individualistas, mas porque os direitos protegem várias esferas ou domínios da intrusão governamental, com base em razões que a Constituição trata como inadmissíveis para o governo agir nessas esferas.<sup>536</sup>

Nessa concepção estrutural dos direitos constitucionais, Schauer reitera que os direitos são menos proteções para os interesses intrínsecos dos indivíduos do que ferramentas linguísticas que a lei invoca na tarefa pragmática de levar certas questões aos tribunais para resolução judicial. Assim, o autor destaca que os direitos excluem o governo de agir com base em certos propósitos dentro de certos contextos, a fim de

---

534 SCHAUER; PILDES. Electoral Exceptionalism and the First Amendment, 1999, p. 1809-1813.

535 Ibidem.

536 Ibidem, p. 1814.

preservar a integridade normativa de vários domínios que a Constituição, conforme interpretada judicialmente, assinala como domínios independentes.<sup>537</sup>

Daí que, conforme relatado por Schauer, longe de se opor à busca de vários bens comuns, nessa visão os direitos são a ferramenta por meio da qual o direito constitucional cria e preserva bens comuns, como educação democrática, política, religião, serviço público e outros domínios que ajudam a concretizar vários valores sociais. Em outras palavras, de acordo com o autor, os direitos nessa concepção estruturalista ajudam a criar uma cultura constitucional ao diferenciar vários domínios uns dos outros e impedir o Estado de agir por certas razões em alguns desses domínios, mesmo que essas mesmas razões pudessem formar adequadamente a base para a ação do Estado em outros domínios.<sup>538</sup>

Quanto à origem dessa concepção estrutural dos direitos, Schauer afirma que ela está profundamente enraizada na própria ideia americana de constitucionalismo, tendo em vista que essa ideia não começou com concepções filosóficas abstratas da pessoa e da razão e, a partir daí, para os direitos. De acordo com Schauer, tudo começou enraizado na experiência do governo, tanto da administração colonial inglesa, como dos governos estaduais após a Revolução. A partir daí, o autor ressalta que os direitos constitucionais americanos são mais bem retratados como um raciocínio de dentro para fora sobre julgamentos acerca do governo e sobre como erigir barreiras constitucionais para evitar o que a prática havia tornado muito visível: o seu potencial corrosivo.<sup>539</sup>

Por conseguinte, dentro dessa visão estruturalista, o autor aponta que os direitos não foram concebidos para proteger os indivíduos em seus interesses atomísticos de autoexpressividade, por exemplo e, sim, foram projetados para sustentar uma cultura política na qual a liberdade pública foi aprimorada pelo reconhecimento de certos domínios como relativamente autônomos. Schauer ressalta que essa concepção significa definir certos domínios como fora dos limites para a ação do Estado que se apoiava em propósitos particulares e inadmissíveis.<sup>540</sup>

Nessa altura, no que toca a crítica da retórica individualista em torno dos direitos da Primeira Emenda, Schauer afirma que as suas objeções com essa retórica são muito parecidas com as críticas realistas jurídicas levantadas contra os excessivos modos conceituais de pensamento associados ao formalismo jurídico. O autor observa que ninguém pode ser contra um papel apropriado para conceitos no pensamento jurídico ou em qualquer outro, já que pensar e falar já exigem ferramentas conceituais. No entanto, o

537 ISCHAUER; PILDES. Electoral Exceptionalism and the First Amendment, 1999, p. 1814.

538 Ibidem, p. 1815, 1816.

539 Ibidem.

540 Ibidem.

autor adverte que quando os realistas atacaram o "conceitualismo" jurídico, eles não estavam atacando os conceitos em si, mas desafiando uma prática existente na qual os conceitos jurídicos eram lançados em um nível de generalidade muito abstrato em relação às práticas sociais e econômicas que esses conceitos procuravam regular e avaliar. Schauer frisa que foi o grau de conceitualismo, não o conceitualismo em si, que os realistas procuraram minar.<sup>541</sup>

Para Schauer, o mesmo ocorre com a sua crítica da versão individualista dos direitos da Primeira Emenda. Não existe para ele um direito geral de liberdade de expressão, assim como não existe um valor ou interesse geral que a liberdade de expressão proteja e tampouco um domínio de ação de liberdade indiferenciada chamado de liberdade de expressão. Segundo o autor, quando a Suprema Corte, comentaristas ou participantes da discussão pública sugerem o contrário, eles, como os formalistas jurídicos, estão reificando a liberdade de expressão em uma concepção excessivamente abstrata. Schauer entende, em contrapartida, que a prática real da Primeira Emenda depende de uma compreensão consideravelmente mais integrada da liberdade de expressão que reconheça os interesses da expressão como contingentes ao espaço social específico dentro do qual esse ato de expressão ocorre.<sup>542</sup>

Com efeito, Schauer reconhece que os princípios e os valores gerais associados à Primeira Emenda permanecem relevantes. No entanto, ele destaca que o nível adequado para focar a análise judicial é uma questão que deve ser contestada e que a sua visão é a de que o discurso público da Primeira Emenda se desviou para um nível muito alto de abstração e generalidade, ao ponto de não poder mais dar sentido aos próprios casos reais.<sup>543</sup>

Assim, finalizando a reflexão sobre a diferença entre as concepções individual e estrutural dos direitos, Schauer conclui que no contexto da Primeira Emenda a tarefa adequada não é definir as implicações apropriadas da liberdade, autonomia ou dignidade individual em algum tipo de isolamento das práticas sociais nas quais a liberdade de expressão ocorre. Para Schauer, a tarefa adequada é a de definir os domínios relevantes que a Primeira Emenda trata como relativamente autônomos e determinar os tipos de razões que deveriam ser as bases permissíveis e não permissíveis para a ação do Estado nesses domínios.<sup>544</sup>

Com essas considerações, concluímos a revisão dos principais aspectos de descrição e aplicação do Princípio da Liberdade de Expressão dentro do trabalho de

541 SCHAUER; PILDES. Electoral Exceptionalism and the First Amendment, 1999, p. 1818, 1819.

542 Ibidem.

543 Ibidem.

544 Ibidem.

Schauer. Assim, em seguida, e em consonância com essa recomendação final de Schauer, de que devemos estar mais atentos aos domínios específicos nos quais se aplica a liberdade de expressão, com as suas práticas reais existentes, antes das considerações finais, revisitaremos algumas dessas situações específicas nas quais a liberdade de expressão emerge tradicionalmente como um fator relevante.

## 4 SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

### 4.1 O CASO DO DISCURSO DE ÓDIO

Começaremos a análise das situações específicas de aplicação do princípio da liberdade de expressão com o caso do discurso do ódio, o qual representa uma das hipóteses mais ilustrativas para se compreender as razões e os modos pelos quais a jurisdição norte-americana é única em matéria de liberdade de expressão.

Conforme explica Schauer, a questão do discurso de ódio tem um alto grau de relevância política e uma quantidade substancial de valência ideológica<sup>545</sup>. Por isso, o autor pontua que em questões de discurso de ódio, todas as democracias liberais abertas do mundo - exceto uma - chegaram à conclusão de que para servir aos valores da igualdade a expressão que incita ao ódio racial e étnico deve estar sujeita a pelo menos uma proibição formal, bem como que tais proibições não são incompatíveis com um compromisso sólido com a liberdade de expressão em geral. Schauer afirma que essa única exceção, é claro, são os Estados Unidos, que persistente e excepcionalmente se apegam à posição de que tais restrições com base no ponto de vista expresso são incompatíveis com os princípios fundamentais da Primeira Emenda, não importando quão odioso, negador de igualdade ou simplesmente errado esse ponto de vista possa ser.<sup>546</sup>

Devemos ainda considerar que existem várias formas de discurso que podem ser entendidos como discurso de ódio. De acordo com o autor, embora o rótulo “discurso de ódio” tenda a ser aplicado amplamente, a frase pode ser entendida como abrangendo questões distintas envolvendo liberdade de expressão, embora inter-relacionadas:

Primeiro, há a questão da legitimidade da proibição de vários epítetos raciais, étnicos e religiosos - "nigger", "wog", "kike", "paki", "kaffir" e semelhantes - palavras cujo uso, exceto como autorreferência irônica por membros desses grupos, é invariavelmente pretendida para prejudicar, ofender e marginalizar. Em segundo lugar, a questão do discurso de ódio às vezes envolve a questão das restrições à circulação de certas proposições de fatos comprovadamente falsos sobre vários grupos raciais ou religiosos, com a proibição da negação do Holocausto sendo o exemplo mais comum. Uma terceira questão de discurso de ódio surge com relação às leis que proíbem a defesa ou o incitamento à intolerância racial ou religiosa, ódio ou violência, como no caso de apelos à violência baseada na raça, apelos explícitos à exclusão racial e apelos explícitos à repatriação de membros de minorias raciais ou religiosas para os países de sua ancestralidade. Por fim, são apresentadas questões de incitação ao ódio, especialmente no contexto de gênero, quando argumenta-se que os epítetos e, ocasionalmente, as imagens, criam um ambiente de trabalho, educacional ou

545 SCHAUER. Free Speech and Obedience to Law, 2017. p. 665.

546 SCHAUER. Expression and its Consequences, 2007, p. 706, 707.

cultural hostil e, portanto, marginal ou excludente.<sup>547</sup>

Diante desse cenário de tópicos inter-relacionados, Schauer observa que parece haver um forte consenso internacional de que os princípios da liberdade de expressão são anulados ou irrelevantes quando o que está sendo expresso é ódio racial, étnico ou religioso. O autor recorda que desde a Lei de Relações Raciais de 1965 no Reino Unido, a Seção 4 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, o Artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e continuando por inúmeras outras leis nacionais e internacionais, tratados, convenções, pactos e entendimentos, o incitamento ao ódio racial e outras manifestações verbais de animosidade baseadas em raça são amplamente aceitos como estando fora dos limites do que uma liberdade de expressão devidamente concebida abrange. Em conformidade com este consenso mundial internacional, o autor acrescenta que o regime doméstico tipicamente não americano proíbe várias formas de discurso racialmente hostil, com "discurso de ódio" sendo o termo comum para grande parte do discurso que é comumente proibido por razões de sua contribuição para a intolerância com fundamento em raça, religião, etnia, nacionalidade e, menos comumente, gênero e orientação sexual.<sup>548</sup>

Quanto às formas de repressão que são utilizadas pela maioria destes países, Schauer destaca que elas são bastante variadas. Como exemplo de tais formas de repressão, Schauer relata que na Alemanha e em Israel, dentre outros países, houve o banimento do partido nazista e seus descendentes, bem como de outros partidos políticos cujos programas incluíam ódio racial, separação racial e superioridade racial. Em sentido semelhante, afirma o autor que a Alemanha, Israel e França estão entre as nações que proíbem a venda e distribuição de vários itens nazistas, incluindo suásticas, bandeiras nazistas e, ocasionalmente, imagens de Adolph Hitler e cópias de *Mein Kampf*. Ainda, segundo Schauer, Canadá, Alemanha e França, junto com outros, permitem sanções contra aqueles que negam a existência do Holocausto, com a França, por sua vez, impondo multas com alguma frequência em declarações públicas que defendem a inferioridade racial ou religiosa de vários grupos. Acrescenta também o autor que na Holanda são proibidos os insultos públicos com base na raça, religião ou preferência sexual, e que na África do Sul, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Reino Unido e todos os países escandinavos, entre muitos outros, são observados os mandatos do Artigo 20 (2)

---

547 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 4, 5. (TPA).

548 Ibidem, p. 6, 7.

do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e os Artigos 4 (a) e 4 (b) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, os quais criminalizam o envolvimento no incitamento ao ódio ou hostilidade racial, religiosa ou étnica.<sup>549</sup>

Em contraste com esse consenso internacional de que várias formas de discurso de ódio precisam ser proibidas por lei e que tal proibição cria nenhum ou poucos problemas de liberdade de expressão, Schauer ressalta que os Estados Unidos permanecem firmemente comprometidos com a visão oposta. Conforme destaca o autor, o compromisso americano é tão firme que os Estados Unidos, com base na Primeira Emenda, apresentou sua reserva com relação ao Artigo 4 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.<sup>550</sup>

De acordo com Schauer, essa característica reflete uma divisão mais profunda entre os Estados Unidos e o resto do mundo em questões de liberdade de expressão, na medida em que, tanto por uma questão de doutrina jurídica formal, como por uma questão de opinião pública, o entendimento americano é que os princípios da liberdade de expressão não permitem que o governo distinga o discurso protegido do desprotegido com base no ponto de vista adotado.<sup>551</sup>

Schauer explica que essa proibição do que é tecnicamente chamado de "discriminação de ponto de vista" se estende ao ponto de vista de que certas raças ou religiões são inferiores, ao ponto de vista de que o ódio de membros de raças e religiões minoritárias é desejável e ao ponto de vista de que ações violentas ou ilegais são justificadas contra as pessoas por causa de sua raça, etnia ou crenças religiosas. Para exemplificar essa proibição, o autor observa que se o governo não pode, de acordo com a Primeira Emenda, distinguir entre republicanos e comunistas, ou proibir o discurso das pessoas que acreditam que a terra é redonda, então, o governo não pode distinguir entre a adoção da igualdade racial e a adoção do ódio racial, assim como o governo não pode proibir negações públicas da existência do Holocausto apenas por causa da falsidade demonstrável dessa proposição ou do dano que resultaria de sua articulação pública.<sup>552</sup>

No que diz respeito aos motivos pelos quais existe atualmente essa diferença no tratamento da questão do discurso de ódio, Schauer aponta que parte da aversão americana à discriminação contra a liberdade de expressão por causa de seu ponto de vista, incluindo pontos de vista racistas, surgiu quando a Suprema Corte em 1969 firmou no caso *Brandenburg* o teste ainda vigente para distinguir a militância permitida da

549 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 6, 7.

550 Ibidem, p. 8, 9.

551 Ibidem, p. 9, 10.

552 Ibidem.

incitação regulável. Segundo o autor, foi estabelecido nesse caso que mesmo a militância de conduta ilegal era protegida pela Primeira Emenda, sendo facultada a restrição somente se essa militância fosse explicitamente direcionada a instar atos ilegais "iminentes" em um contexto em que tais atos ilegais iminentes fossem "prováveis", o que ensinaria, para ele, essencialmente permanecer na frente de uma multidão enfurecida e verbalmente levar esta multidão à violência imediata. No contexto específico do caso, Schauer relata que o caso envolvia Clarence Brandenburg, um líder local da Ku Klux Klan no sul de Ohio, que havia convocado atos de "vingança" contra negros e judeus. Como a militância de Brandenburg deixou de convocar explicitamente a atos ilegais "iminentes" em um contexto em que esses atos ilegais eram "prováveis", o autor explica que seu discurso foi considerado constitucionalmente imune a punições criminais e, quase certamente, civis também.<sup>553</sup>

A despeito desse contexto específico do caso, o autor destaca que esta doutrina se aplica a toda a gama de declarações políticas ou ideológicas públicas, ensejando a proposição de que, nos Estados Unidos, as restrições à incitação ao ódio racial só podem ser toleradas pela Primeira Emenda quando forem incitações ao ódio racial violento e, somando-se a esta exigência, apenas as raras circunstâncias em que as incitações clamem inequivocamente por ação violenta imediata, e somando-se novamente a exigência das circunstâncias ainda mais difíceis em que os membros da audiência estejam de fato propensos a agir imediatamente sobre a sugestão do falante. Daí por que, segundo o autor, a grande maioria das leis não americanas que proíbem a incitação ao ódio racial seria inconstitucional nos Estados Unidos, assim como seria inconstitucional a proporção esmagadora de ações judiciais movidas em função dessas leis.<sup>554</sup>

Schauer acrescenta também que a distinção entre a prática americana e a de outras democracias liberais existe não apenas com respeito ao incitamento, mas também no que diz respeito a epítetos raciais e insultos destinados a causar dano psíquico e sofrimento mental àqueles a quem as palavras são dirigidas. Para ilustrar essa segunda hipótese, Schauer recorda que quando Frank Collin, então líder do Partido Nazista Americano, propôs em 1977 marchar com seus seguidores em trajes nazistas completos em Skokie, Illinois, uma comunidade desproporcionalmente povoada por sobreviventes do Holocausto, os tribunais estaduais e federais deixaram claro que sob a Primeira Emenda não havia causa plausível para proibir a marcha. Do mesmo modo, segundo o autor, casos mais recentes envolvendo intimidação racial, participação em grupos racistas e restrições ao discurso racista nos campos universitários deixaram claro que esta forma de

---

553 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p. 10.

554 *Ibidem*, p. 10, 11.



"discurso de ódio" não seria tratada de forma diferente sob a Primeira Emenda, do que qualquer outro ponto de vista ou qualquer outra forma de ofensiva pública.<sup>555</sup>

Com efeito, para Schauer, do fato de que em 1978 a Suprema Corte dos Estados Unidos tratou a marcha dos nazistas em Skokie como tão claramente protegida a ponto de nem precisar de um voto completo diz muito sobre a relutância da Primeira Emenda em tratar nazistas de maneira diferente de socialistas, em tratar homens de Klans de maneira diferente de republicanos ou em tratar a intimidação com base na raça, religião ou etnia de maneira diferente de qualquer outra forma de intimidação. Schauer destaca que, em grande parte do mundo desenvolvido, usa-se epítetos raciais por sua própria conta e risco, o sujeito exibe uma vestimenta nazista e outras armadilhas de ódio étnico com risco legal significativo e também incentiva a discriminação contra as minorias religiosas sob ameaça de multa ou prisão, ao passo em que, nos Estados Unidos, todo esse discurso permanece protegido pela Constituição.<sup>556</sup>

## 4.2 O CASO DA DIFAMAÇÃO

Não é necessária muita imaginação para compreendermos as razões e os modos pelos quais institutos como a difamação, a calúnia e a injúria podem entrar em conflito com a liberdade de expressão. Os primeiros têm como objetivo a proteção de um valor centralmente informado pela dignidade humana e por direitos de personalidade, ao passo em que a liberdade de expressão é espécie da categoria liberdade que, naturalmente, vai tentar buscar na medida do possível a maximização desse espaço de liberdade, ao mesmo tempo em que tem que dar conta na identificação desse espaço do limite representado por outros valores, como a dignidade humana que é lesada pela difamação.

Nessa dinâmica de estabelecimento de limites e fronteiras entre os objetivos de cada um destes valores antagônicos, surge uma série de desafios, tanto pela perspectiva das premissas teóricas doutrinárias, como pela perspectiva da interpretação e da aplicação prática de tais compreensões nos casos reais em que tais valores se apresentam dessa forma antagônica. Essa dinâmica entre a difamação e a liberdade de expressão representa, no entanto, um exemplo muito rico para pensarmos como ponto de partida de uma situação específica várias das questões que foram elaboradas e problematizadas por Schauer ao longo do seu trabalho sobre a liberdade de expressão.

Em primeiro lugar, deve ser esclarecido que para Schauer, em conformidade com a doutrina norte-americana a respeito, a difamação inclui injúria, a qual é escrita, e

---

555 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 11, 12.

556 Ibidem, p. 12, 13.

calúnia, que se dá na forma oral, razão pela qual a difamação pode ser definida como a publicação ou comunicação para uma terceira pessoa de palavras ou outras formas de comunicação que contenham uma imputação falsa contra a reputação de outro.<sup>557</sup>

Schauer explica que a validade teórica de alguma forma de remédio para a difamação foi, no passado, um problema de tal natureza para a teoria da liberdade de expressão que, paradoxalmente, não foi tratado como um problema de forma alguma. Diante do fato incontestável de que declarações difamatórias podem e causam sérios danos aos indivíduos, Schauer afirma que os argumentos tradicionais a favor da liberdade de expressão optaram por evitar o problema ao considerar a difamação simplesmente como uma exceção aos princípios da liberdade de expressão. Como exemplos do dano à reputação, o autor observa que se ele for acusado de ser desonesto ou indigno de confiança, ou se um revisor do seu livro o acusar de incompetência profissional, ele está ferido de qualquer maneira imaginável, exceto dor física e danos físicos. Schauer frisa que foram estes tipos de danos diretos e visíveis que levaram muitas pessoas a tratar a difamação simplesmente como uma exceção ao Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>558</sup>

No entanto, para Schauer, em muitos casos o ato de expressão difamatório compartilha as características da expressão que é coberta pelos princípios da liberdade de expressão, motivo pelo qual simplesmente afirmar que ele está fora do Princípio da Liberdade de Expressão seria analiticamente incorreto. Segundo o autor, compreender a difamação como uma exceção apenas faria sentido se considerássemos erroneamente a proteção da liberdade de expressão como baseada em sua inofensividade, ao passo em que, para ele, quando percebemos, como devemos perceber, que virtualmente todos os atos de fala são atos instrumentais e que uma grande variedade da comunicação pode causar dano particular e imediato aos interesses de outros, essa ideia de exceção para a difamação se torna menos compreensível. Em conformidade com o que vimos no decorrer do trabalho, Schauer destaca novamente aqui que se a mera existência de dano exclui enunciados do escopo do Princípio da Liberdade de Expressão, o Princípio da Liberdade de Expressão torna-se coextensivo com um Princípio do Dano e o primeiro não é mais uma doutrina distinta da filosofia política.<sup>559</sup>

Com efeito, Schauer reconhece que a reputação em si é um valioso interesse pessoal e que pode ser que um dano à reputação seja tão grave que seja suficiente para atender ao ônus maior de justificativa estabelecido pelo Princípio da Liberdade de Expressão, no sentido de que o valor da reputação seja tal que a sua proteção supere até

---

557 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 168.

558 Ibidem, p. 167.

559 Ibidem, p. 167, 168.

mesmo o peso adicional do interesse pela liberdade de expressão. Contudo, o autor frisa que esses são problemas que devem ser efetivamente enfrentados e que a aceitação acrítica de uma "exceção" é de pouca assistência perante a necessidade desse enfrentamento.<sup>560</sup>

Schauer acrescenta que o motivo pelo qual o conflito entre a lei da difamação e a liberdade de expressão nem sempre é totalmente apreciado se dá, em grande parte, porque são falsas proposições factuais que são penalizadas pelo remédio para a injúria e a calúnia. De fato, o autor concede que se ele acusar uma pessoa de ter cometido um ato que ela não cometeu, de dever dinheiro que ela não deve ou de ter características que ela não possui, é difícil em princípio ver que há algum problema, eis que, para ele, a falsidade normalmente não contribui para o debate público e, sim, o diminui. Por tal razão, o autor considera que na medida em que punimos a falsidade prejudicial é possível dizer que punimos aquilo que não tem valor para a troca de ideias e, assim, elevamos o padrão da discussão pública.<sup>561</sup>

Em contrapartida, para o autor, ao lado da suposta falta de valor em distorções de fato estão outros objetivos, como o fato de que há, especialmente sob o argumento da democracia, grande valor no fluxo desinibido de comentários valorativos. Schauer destaca que a opinião e o comentário são menos suscetíveis de caracterização como verdadeiros ou falsos. No entanto, segundo o autor, a opinião e o comentário contribuem enormemente para a discussão pública, de modo que quando a liberdade de expressão é um princípio reconhecido, o objetivo de eliminar as distorções de fato não deve causar um sacrifício excessivo de comentários, críticas, opiniões e avaliações.<sup>562</sup>

Schauer relata que a visão tradicional é que todos esses objetivos são compatíveis, citando como exemplo dessa visão tradicional a existência no *common law* da defesa do comentário justo, segundo o qual uma declaração sobre um assunto de interesse público não é acionável se for apenas um comentário baseado em declarações precisas dos fatos subjacentes, por mais crítico ou prejudicial que seja. Schauer expõe que ao exigir que as declarações de fato sejam precisas, supõe-se que fomentamos a verdade no diálogo público, ao mesmo tempo em que deixamos a rédea solta para a expressão de opiniões sobre assuntos a respeito dos quais o público tem um interesse legítimo. No nível da teoria abstrata, o autor explica que o *common law* objetivou proteger o comentário enquanto, ao mesmo tempo, reconhece a falta de valor social da publicação de erros de fato.<sup>563</sup>

---

560 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 167, 168.

561 Ibidem, p. 169.

562 Ibidem.

563 Ibidem.

Na visão de Schauer, entretanto, essa abordagem pressupõe uma congruência entre a norma jurídica e seu efeito prático, enquanto que o mais realista, para ele, seria olhar para a imprecisão existente em qualquer sistema de aplicação de penalidades legais e o efeito dessa imprecisão sobre a conduta humana. De acordo com o autor, o reconhecimento dessa imprecisão foi uma das principais contribuições da escola de jurisprudência conhecida como Realismo Americano, sendo a lei da difamação, para ele, uma das áreas mais claras para a aplicação da teoria dos Realistas Americanos, especialmente a teoria do ceticismo factual do juiz Jerome Frank.<sup>564</sup>

Schauer observa que, como Frank apontou com frequência, os tribunais frequentemente erram. Para o autor, algum erro é inerente a qualquer processo de investigação e o processo legal não é diferente. Assim, ao aplicar a lei da difamação, Schauer entende que é necessário reconhecer que a determinação judicial da verdade ou da falsidade pode ocasionalmente ser um erro, eis que o que é verdadeiro pode ser considerado falso por um tribunal. Na medida em que isso acontece, o autor finaliza reiterando que uma regra que penaliza a falsidade factual pode penalizar a verdade.<sup>565</sup>

A consequência disso para Schauer é que um editor de uma matéria difamatória que ele sabe que é verdade deve ainda considerar a possibilidade de que um tribunal decida de outra forma e imponha responsabilidade. Se o ônus da prova da verdade recai sobre o editor, o autor pondera que o risco aumenta, pois se acrescenta à possibilidade do erro judicial mais a possibilidade de que o ônus da prova de veracidade não seja alcançado, ainda que as declarações publicadas sejam verdadeiras. Assim, o autor destaca que uma regra que pune a falsidade pode às vezes punir a verdade e que um editor pode abster-se de publicar a verdade por medo de que ela seja erroneamente considerada falsa e, portanto, que ele seja penalizado.<sup>566</sup>

Ainda mais importante para Schauer é o fato de que um editor pode às vezes se enganar em sua crença acerca da verdade factual do que é publicado. Como muitas vezes não é viável ou não é possível verificar todas as declarações feitas em um grau de certeza demonstrável, o autor observa que um editor deve publicar os fatos sabendo que pode incorrer em responsabilidade ou abster-se de publicar devido ao desejo de evitar esse risco. Se o último curso de ação for escolhido, Schauer ressalta que existe aí algum grau de autocensura. O autor reconhece que a autocensura é obviamente salutar quando as declarações não publicadas não são verdadeiras, mas, para ele, o ponto importante é que a incerteza e o risco inerentes ao processo legal significam que existe alguma

---

564 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 170.

565 Ibidem.

566 Ibidem.

autocensura envolvida no que diz respeito às afirmações verdadeiras. Daí que o autor ressalta que o desejo de evitar a responsabilidade produzirá cautela e parte dessa cautela se estenderá às afirmações que são realmente precisas, embora nem sempre seja possível provar que são.<sup>567</sup>

Além da incerteza do processo judicial, Schauer soma ainda a circunstância de que as despesas e os inconvenientes do litígio servem para ampliar o efeito dissuasor, pois um editor pode ser efetivamente penalizado mesmo que, em última análise, consiga prevalecer no ordenamento jurídico. E se ele não prevalecer, o autor pontua que as custas judiciais, quando somadas aos danos a serem pagos, servem para aumentar ainda mais a penalidade e, portanto, ampliar o risco.<sup>568</sup>

Por causa dessas incertezas e riscos inerentes ao processo de apuração da verdade, o autor entende que uma regra que penaliza a falsidade tem o efeito real de induzir alguma autocensura quanto às afirmações que são de fato verdadeiras. Consequentemente, para ele, o problema é inevitavelmente de equilíbrio de interesses, pois penalizamos a falsidade às custas de inibir a disseminação presumivelmente valiosa da verdade, mas concedemos mais liberdade para a difusão da verdade apenas se adotamos regras que permitam a circulação de uma quantidade crescente de falsidades difamatórias. Considerando o valor da circulação de informações precisas e os danos da falsidade difamatória, para o autor, nenhuma solução em nenhum dos extremos parece sustentável, mas se reconhecermos um forte princípio de liberdade de expressão, Schauer frisa que o equilíbrio deve ser alcançado de uma forma que reconheça que uma penalidade errônea sobre a liberdade de expressão é um dano de magnitude especial.<sup>569</sup>

Segundo o autor, esse método de olhar para o problema é exemplificado pela divergência recente entre a *common law* e a lei americana de difamação. Como a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos protege especificamente a liberdade de expressão e de imprensa e como não há proteção constitucional da reputação, Schauer afirma que o resultado é uma forte prioridade estipulada para a liberdade de expressão. Para ele, dada esta prioridade, segue-se que um erro de supressão ou dissuasão excessiva é tratado com mais seriedade do que um erro de proteção insuficiente da reputação, eis que uma verdade não publicada nos Estados Unidos é um erro mais sério do que um dano à reputação. Daí que, segundo o autor, a lei americana de difamação foi drasticamente modificada em vários aspectos, em comparação com a tradição do *common law*.<sup>570</sup>

567 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 170.

568 Ibidem, p. 170, 171.

569 Ibidem, p. 171.

570 Ibidem.

No *common law*, Schauer explica que para ganhar uma ação judicial e obter indenização pecuniária, uma pessoa processando por difamação ou calúnia precisa apenas provar por mera preponderância das provas que a parte requerida proferiu ou publicou palavras que tendem a prejudicar a reputação da suposta vítima. Schauer ressalta que o autor/vítima não é obrigado a provar que a parte requerida foi negligente ou de qualquer outra forma culpada, assim como não tem que provar nem mesmo que a imputação é falsa. Assim, o autor frisa que, a respeito da difamação, o *common law* tradicionalmente encarna a visão de que alguém publica algo por sua própria conta e risco, evidenciando que o *common law* não tem uma preferência pela liberdade de expressão, mas pela civilidade e o respeito.<sup>571</sup>

Já nos Estados Unidos, Schauer aponta que, em primeiro lugar, um funcionário público ou uma figura pública pode obter indenização por difamação apenas se puder mostrar não só que as alegações contra ele eram falsas, mas também que foram publicadas com conhecimento real de sua falsidade, ou pelo menos com suspeita de falsidade e subsequente desconsideração de se as afirmações eram verdadeiras ou falsas. Segundo o autor, deve ficar claro que este é um fardo virtualmente impossível de ser alcançado para qualquer pessoa difamada, conforme a prática tem demonstrado. Como resultado, Schauer explica que muitas alegações falsas contra funcionários públicos e figuras públicas permanecem impunes. No entanto, para ele, a consciência do grau de proteção por parte dos editores resulta em muito mais publicações, em grande parte verdadeiras, sobre funcionários públicos e figuras públicas do que teria sido o caso na ausência de uma proteção tão forte.<sup>572</sup>

Em sentido semelhante, no que diz respeito ao ônus probatório, Schauer recorda que, nos Estados Unidos, o ônus de provar a falsidade em todos os casos agora recai sobre o autor difamado, embora na *common law* caiba ao editor provar a verdade como uma defesa afirmativa. O autor observa que isso é mais do que um detalhe técnico processual, tendo em vista que o ônus da prova é uma forma pela qual o equilíbrio entre a proteção da reputação e a proteção da liberdade de expressão é determinado. De fato, Schauer reconhece que a transferência do ônus da prova para o indivíduo difamado também tem seu custo, pois nessa hipótese haverá casos em que as declarações publicadas são falsas, mas o lesado não poderá prová-las em juízo, resultando no permitido erro de falsidade difamatória. Contudo, para Schauer, onde a liberdade de expressão tem prioridade sobre o interesse em uma boa reputação, é o primeiro erro que

---

571 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 13, 14.

572 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 171, 172.

é mais grave do que o último, fazendo com que o reconhecimento da relação de prioridade conduza a essa mudança no ônus da prova.<sup>573</sup>

O autor explica que essa é a linha da Suprema Corte norte-americana, para quem a abordagem tradicional do direito consuetudinário impôs todo o risco de falsidade ao editor, fazendo com que os editores desconfiassem de publicar até mesmo as acusações que se revelaram verdadeiras. De acordo com Schauer, este fenômeno agora amplamente denominado de "efeito inibidor" é para a Corte inconsistente com uma parte da Primeira Emenda que tem como objetivo encorajar a exposição e, assim, verificar os abusos daqueles que estão no poder.<sup>574</sup>

Quanto a tais escolhas em matéria de liberdade de expressão, Schauer destaca que apenas aqueles que ignoram a realidade suporiam que a defesa dos comentários justos na lei inglesa que exige exatidão factual também não impede alguns comentários verdadeiros. Segundo o autor, onde a liberdade de expressão não é por estipulação preferencial, tal dissuasão da publicação da verdade pode ser um preço aceitável a pagar por um sistema eficaz de proteção da reputação individual. Por outro lado, Schauer ressalta que se a liberdade de expressão é considerada mais importante do que praticamente todo o resto, como ela é considerada segundo a Constituição americana, o inevitável processo de equilíbrio deve ser fortemente ponderado a favor da proteção da liberdade de expressão e, portanto, pesadamente contra a proteção de outros interesses. Assim, para Schauer, o reconhecimento da incerteza no processo legal e o consequente reconhecimento da possibilidade de autocensura significa que, sob um forte princípio da liberdade de expressão, as reputações devem às vezes ser sacrificadas aos objetivos da liberdade de expressão.<sup>575</sup>

Devemos ainda destacar que, para Schauer, esse resultado de preferência pela liberdade de expressão ao sacrifício ocasional de reputações só é necessário se as declarações em questão forem abrangidas pelo Princípio da Liberdade de Expressão, em conformidade com a importância da definição do escopo da cobertura que vimos ao longo do trabalho. Segundo o autor, se algumas categorias de discurso não forem cobertas, o processo ponderado que acabamos de discutir pode ser inaplicável e as diferenças são explicadas e identificadas quando observamos os tipos de discurso que se relacionam com os objetivos do Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>576</sup>

Como exemplo dessa necessidade de observar os tipos de discurso relacionados a este princípio, Schauer recorda que o argumento da democracia fornece uma

573 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 172.

574 SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p. 14, 15.

575 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 172, 173.

576 Ibidem, p. 173.

justificativa para o tratamento especial da discussão de questões públicas e da conduta e qualificações dos servidores públicos. O autor destaca que as qualificações e o desempenho de nossos líderes são uma preocupação tão vital para o público que a perda de algumas dessas informações distancia ainda mais os funcionários e políticas governamentais da responsabilidade e do controle pela população, evidenciando, para ele, que aqui a perda da verdade é muito séria e que isso só pode ser evitado mediante o sacrifício de algumas reputações individuais.<sup>577</sup>

Para o autor, o caso da figura pública não envolvida no processo governamental é mais difícil. Schauer observa que em muitos casos, os indivíduos que não estão no governo têm tanto ou mais efeito na política do que aqueles com cargos oficiais, como o fato de que existe uma preocupação legítima com o desempenho e as qualificações do presidente da General Motors, do líder do Conselho Sindical ou do administrador de um grande hospital privado. Em contrapartida, para Schauer, a vida privada de estrelas pop e jogadores de futebol profissionais, por exemplo, embora claramente de interesse do público, é de preocupação menos legítima, levando-se em conta que informações que interessam ao público não são necessariamente informações cuja divulgação seja de interesse público.<sup>578</sup>

Assim, o autor pondera que o interesse público na vida e nas qualificações de muitas figuras públicas é de uma ordem de importância diferente daquela ordem a que pertencem os funcionários governamentais. Para Schauer, obviamente, existem gradações a esse respeito e a sua investigação não tem como objetivo sugerir as regras legais exatas que podem levar devidamente em conta essas gradações. A questão, para ele, é apenas destacar que a norma jurídica promulgada deve levar em conta um grande número de variáveis, tal como o grau em que um indivíduo assume o risco de publicidade desfavorável e errônea, o grau em que o indivíduo se beneficia e talvez solicite ou incentive a publicidade, o grau em que as atividades privadas de um indivíduo são relevantes para o desempenho público dessa pessoa e o grau em que o interesse público é promovido pela disseminação de informações adicionais sobre aquele indivíduo ou outros em uma posição semelhante.<sup>579</sup>

Por outro lado, quando estamos tratando de indivíduos puramente privados e assuntos privados ou fofocas, Schauer afirma que existem dúvidas substanciais quanto à aplicabilidade dos princípios da liberdade de expressão. Para ele, não parece haver razão para manter tal espécie de comunicação como coberta pelo Princípio da Liberdade de

---

577 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 173.

578 Ibidem, p. 174.

579 Ibidem.



Expressão, eis que a análise das várias justificativas subjacentes ao reconhecimento do princípio não revela nenhuma que justifique qualquer proteção especial para este tipo de conduta. Schauer acrescenta que como a questão surge no contexto de uma ação privada, sem nenhum órgão governamental que faça a determinação da verdade ou falsidade, a liberdade de expressão como uma proteção contra as determinações governamentais da doutrina é inaplicável. Para o autor, isso significa que, nestes casos, o equilíbrio das considerações de políticas que produzam a regra legal final não precisa ser distorcido por uma aplicação inadequada dos princípios da liberdade de expressão.<sup>580</sup>

Já no contexto do tratamento de indivíduos privados no fórum público, como por exemplo em livros, jornais, revistas, radiodifusão ou discursos públicos, surge, para Schauer, um problema mais difícil. Nesse contexto, segundo Schauer, devemos questionar se, na hipótese de que uma pessoa privada esteja envolvida em um assunto de alguma importância pública, as regras de difamação devem ser as mesmas que as aplicadas à comunicação que não envolve um assunto público. A resposta, para Schauer, é que embora possa haver mais preocupação com a liberdade de expressão aqui, o ponto importante parece ser que nas discussões sobre indivíduos privados, a preocupação com a liberdade de nomear a pessoa envolvida em particular, em oposição a simplesmente descrever o evento, é tão pequena que as regras não deveriam ser influenciadas por considerações de liberdade de expressão. Schauer entende que não é absurdo dizer que quem faz de uma pessoa privada uma figura pública corre o risco da falsidade e, portanto, age por sua conta e risco. Assim, quanto aos particulares, o autor pondera que o interesse em evitar a falsidade quando se trata de particulares parece maior do que o interesse em adquirir e disseminar conhecimento, pois, a menos que valorizemos muito pouco a privacidade, não devemos encorajar sua eliminação injustificada.<sup>581</sup>

Schauer reconhece, de fato, que em muitos casos, a aquisição de conhecimento ou a identificação de erros constituem um benefício para um indivíduo em particular ou para a sociedade em geral. Mas, em outros casos, para ele, é difícil ver como a aquisição de conhecimento promove qualquer interesse digno, como na hipótese do conhecimento dos assuntos e do passado de pessoas puramente privadas que serve a pouco ou nenhum propósito público. Além disso, Schauer afirma que a divulgação de fatos particulares, além de causar constrangimento e humilhação, infringe o interesse do indivíduo em controlar determinados aspectos de sua vida, escolhas e personalidade.<sup>582</sup>

---

580 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 174.

581 Ibidem.

582 Ibidem, p. 176.

Assim, para Schauer, pode ser que em muitos casos, exista algo a ganhar com essas divulgações, como quando a pessoa está se candidatando ou ocupando um cargo público e, portanto, está colocando sua personalidade perante o eleitorado para exame. Segundo o autor, o mesmo pode ser verdade quando, ao entrar na arena pública, algumas pessoas desejam se beneficiar da publicidade sobre suas vidas. Para ele, talvez nesses casos o controle sobre os fatos privados tenha sido abandonado, mas na ausência de tal renúncia ao controle e na ausência de algum interesse público na verdade particular afirmada, o autor entende que é difícil ver por que a verdade por si só implica em um direito irrestrito de falar.<sup>583</sup>

Nessa altura, Schauer destaca que, realmente, não é fácil decidir se uma determinada verdade é ou não do interesse público, e nem é mais fácil decidir em todos os casos quais indivíduos renunciaram à sua privacidade e quais não. Contudo, para Schauer, quando uma ação de indenização é proposta por um indivíduo que não tem um cargo governamental e quando a decisão é tomada por um júri que não responde a nenhuma autoridade governamental, os perigos inerentes à seleção governamental entre as formas de expressão não estão presentes. Daí que o autor ressalta que a expressão puramente privada não envolve tais problemas, de forma que o desenvolvimento de princípios e regras legais para separar o público do privado é fundamental para fazer cumprir o Princípio da Liberdade de Expressão e mantê-lo dentro de seu escopo apropriado.<sup>584</sup>

Mesmo assim, na grande maioria das vezes, essa posição moderada não é a adotada nos Estados Unidos. Sobre a perspectiva norte-americana, Schauer afirma que, em grande parte por meio dos esforços de jornalistas, jornais e seus advogados, tem havido um esforço ativo para persuadir outros países a adotar a abordagem americana e concluir que o dano da verdade não publicada sobre funcionários públicos e figuras públicas é muito maior do que o dano das falsidades não sancionadas.<sup>585</sup>

Schauer relata que, no entanto, embora esses esforços tenham sido bem-sucedidos em mover a maioria dos países de *common law* ligeiramente para longe da versão mais estrita do modelo de *common law* e em assegurar algumas modificações de remédios análogos mesmo em países de *civil law*, a reação esmagadora do resto do mundo à abordagem americana foi negativa. Segundo Schauer, na Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Reino Unido e em vários outros países, a abordagem americana pura foi rejeitada, em razão da crença de que o modelo americano coloca muito peso no lado

---

583 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 176, 177.

584 Ibidem, p. 177.

585 SCHAUER. The Exceptional First Amendment, 2005, p. 16.

da balança da liberdade de imprensa e muito pouco peso no lado da reputação. Consequentemente, Schauer ressalta que o resto do mundo democrático desenvolvido tem se contentado em manter, em grande parte, os remédios de difamação e padrões que os Estados Unidos continuam a considerar como inaceitáveis sob a Primeira Emenda.<sup>586</sup>

Em todas essas áreas e também em várias outras, Schauer ressalta que os interesses que são tidos como contrapesos legítimos à liberdade de expressão, em outras democracias liberais, são entendidos nos Estados Unidos como sendo decididamente subservientes às principais preocupações constitucionais com liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Onde no resto do mundo a liberdade de expressão parece ser entendida como um valor importante a ser considerado junto com outros valores importantes de justiça, igualdade, dignidade, saúde, privacidade, segurança e respeito, entre outros, Schauer reitera que, nos Estados Unidos, a liberdade de expressão ocupa um lugar de destaque, prevalecendo com notável consistência em seus conflitos, até com o mais profundo de outros valores e o mais importante de outros interesses.<sup>587</sup>

#### 4.3 A QUESTÃO DO OBSCENO

Assim como o conflito entre a liberdade de expressão e a difamação que discutimos no tópico anterior, o conflito entre a liberdade de expressão e aquilo que pode ser considerado como obsceno também constitui um exemplo bastante valioso para pensarmos as questões que foram levantadas por Schauer no decorrer da sua obra sobre a liberdade de expressão. Paralelamente ao valor da dignidade humana que se contrapõe à liberdade de expressão no conflito com a difamação, aqui o que está em jogo em contraponto à liberdade de expressão é um valor de moralidade coletiva que pode ameaçar a livre expressão de alguns materiais considerados como obscenos.

De acordo com Schauer, a mais notória das disputas de limites visivelmente contestadas da Primeira Emenda tem sido sobre obscenidade. O autor relata que, durante grande parte da história da Primeira Emenda, tanto a legislação que restringe a obscenidade quanto os processos individuais por tráfico de materiais obscenos foram tratados explicitamente como estando fora das fronteiras da Primeira Emenda.<sup>588</sup>

Quanto ao histórico do tratamento jurisprudencial da obscenidade, Schauer expõe que embora a Suprema Corte em 1957 tenha finalmente reconhecido que os procedimentos de obscenidade poderiam tocar em questões de liberdade de expressão

<sup>586</sup> SCHAUER. *The Exceptional First Amendment*, 2005, p. 16.

<sup>587</sup> *Ibidem*, p. 17, 18.

<sup>588</sup> SCHAUER. *The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, 2004, p. 1774.

ao restringir obras particulares protegidas pela Primeira Emenda, esta ainda insistia que as obras realmente determinadas como obscenas de acordo com os padrões em forma de Primeira Emenda estavam fora da cobertura da Primeira Emenda. Ao proceder desta forma, segundo o autor, a Corte erroneamente evitou submeter os fundamentos da regulamentação da obscenidade a qualquer coisa a mais do que uma revisão de base racional.<sup>589</sup>

Assim, como decorrência da tradição, Schauer afirma que os materiais obscenos foram explicitamente considerados como descobertos em *Roth vs. Estados Unidos* (1957), uma posição que foi explicitamente reafirmada em *Paris Adult Theatre I v. Slaton* e que aparentemente ainda está vigente.<sup>590</sup> Houve ainda o caso *Hustler Magazine v. Falwell*, que ficou popularmente conhecido como *The People v. Larry Flynt*, em razão do filme que leva este nome. No julgamento, a Suprema Corte entendeu que a Primeira Emenda protege a liberdade de expressão de pedidos indenizatórios de figuras públicas acerca de materiais considerados como paródias, a partir do contexto do caso em que Falwell, um político cristão conservador, questionava a paródia na revista pornográfica Hustler de sua alegada primeira vez incestuosa com sua mãe. O caso, e mais especificamente o filme, foram bastante criticados por Schauer, tendo em vista que, segundo o autor, a proteção na hipótese específica apenas aconteceu em razão da longa tradição antecedente nesse sentido, além de que o filme teria caracterizado a revista de Flynt como sexualmente explícita e não sexualmente violenta, como seria o caso<sup>591</sup>. Daí que Schauer ressalta que assim como os culpados moldaram nossas liberdades no âmbito do processo penal, uma retórica semelhante identifica os indivíduos de mau gosto que estiveram no centro do desenvolvimento da Primeira Emenda, apontando como exemplo o referido caso em que Larry Flynt acha divertido e inofensivo celebrar o estupro coletivo ou retratar as mulheres como pedaços de carne.<sup>592</sup>

Diante desse cenário, segundo Schauer, em razão dos excessos do passado, as questões jurídicas e filosóficas que cercam a regulamentação de publicações obscenas têm sido tradicionalmente um campo fértil para a aplicação da teoria da liberdade de expressão. No entanto, o autor entende que a maioria dos poderes é suscetível de excesso ou aplicação errônea, e não devemos permitir que a existência de abusos seja

---

589 SCHAUER. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience, 2004, p. 1774, 1775.

590 SCHAUER. The Politics and Incentives of First Amendment Coverage, 2015, p. 1625.

591 SCHAUER; KALB; FORMAN. The People vs Larry Flynt and The First Amendment, 1997; BERNSTEIN, Nina. A Free Speech Hero? It's Not That Simple. **The New York Times**, Nova Iorque, 22 dez. 1996. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1996/12/22/movies/a-free-speech-hero-it-s-not-that-simple.html>. Acesso em 18. jan. 2021.

592 SCHAUER. The Heroes of the First Amendment, 2003, p. 2118, 2119.

um substituto para uma análise detalhada das questões envolvidas no problema da obscenidade.<sup>593</sup>

No que diz respeito aos objetivos que seriam alcançados com a regulamentação da obscenidade, observa o autor que essa regulamentação é pensada para servir a uma série de objetivos diferentes e a partir de várias versões distintas do argumento:

Em primeiro lugar, argumenta-se que publicações obscenas são imorais, e que o interesse da comunidade em manter seus padrões de moralidade permite ou mesmo obriga a restrição de publicações que sejam inconsistentes com as normas morais prevalecentes. [...] Em segundo lugar, muitas pessoas argumentaram e procuraram demonstrar que publicações obscenas causam certos atos antissociais. Na forma mais fraca do argumento, afirma-se que publicações obscenas fazem com que as pessoas se envolvam em atividades que são, elas mesmas, objeto de controle legal de forma bastante controversa. Os exemplos seriam adultério, homossexualidade e várias formas de "perversão" sexual. A polêmica sobre os malefícios dos efeitos não está presente na forma mais forte do argumento, que busca demonstrar que publicações obscenas levam a atos cuja ilegalidade está além da questão moral, como o estupro e o molestamento de crianças. [...] Terceiro, argumenta-se que regulamentar a obscenidade seria justificado por motivos ambientais. Uma forma desse argumento apela para a noção de um ambiente moral, mas dessa forma o argumento replica os argumentos baseados na moralidade em si mesma. Mais recentemente, entretanto, alguns argumentaram que a proliferação de materiais sexualmente explícitos torna a comunidade mais feia e leva à decadência urbana. [...] Finalmente, existe o argumento da ofensividade. Uma versão do argumento sustenta que as pessoas se ofendem por serem forçadas a ver materiais obscenos e, portanto, é justificável restringir as exibições públicas de obscenidade. A versão mais forte do argumento sustenta que as pessoas se ofendem por saber que tais materiais estão disponíveis e que a ofensa não é eliminada com a remoção dos materiais da exibição pública. Em qualquer das versões, o argumento é que a ofensiva, tanto quanto o dano em sentido estrito, é uma justificativa legítima para o controle governamental.<sup>594</sup>

A partir destes objetivos, Schauer esclarece que a discussão da obscenidade de orientação sexual gerou um debate contínuo sobre a propriedade de regulamentar publicações obscenas e produziu uma avalanche de literatura política, jurídica, sociológica, psicológica e histórica, sem nenhuma indicação de que a velocidade dessa avalanche esteja diminuindo. Para o autor, infelizmente, o que a maior parte dessa literatura compartilha é uma justaposição de duas questões relacionadas, embora ainda separadas. Schauer expõe que uma delas é a questão geral relacionada à extensão adequada do poder governamental sobre a vida e as atividades dos indivíduos, e outra é a questão da liberdade de expressão, a qual é frequentemente abordada porque os materiais obscenos ocorrem com mais frequência na forma verbal ou pictórica.<sup>595</sup>

593 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 178.

594 Ibidem, p. 178, 179. (TPA).

595 Ibidem, p. 179, 180.

Segundo o autor, os argumentos relativos ao poder governamental em geral aparecem em várias versões diferentes. Como exemplos de tais versões, Schauer afirma que costuma-se argumentar que publicações obscenas não devem ser controladas porque seu uso é privado ou não causa danos a terceiros, e que atividades que não causam danos identificáveis a terceiros não são da responsabilidade do Estado. Outra forma do argumento, segundo Schauer, é que a moralidade em geral ou certos tipos de julgamentos morais não deveriam ser aplicados através do sistema legal, eis que a imoralidade de publicações obscenas, embora clara, seria insuficiente para justificar a proibição legal.<sup>596</sup>

Schauer entende que este debate é um longo túnel sem fim aparente, além de que, segundo ele, é um debate amplamente irrelevante para uma discussão sobre liberdade de expressão. O autor afirma que os argumentos sobre obscenidade são paralelos aos argumentos sobre homossexualidade, adultério e práticas sexuais "não naturais", assim como também há uma conexão estreita com os argumentos sobre a regulamentação do jogo, do álcool, da maconha e da exigência do uso de capacetes para motociclistas e cintos de segurança nos automóveis. Em contrapartida, Schauer ressalta que pretende ficar longe desse tópico bem ensaiado, eis que no contexto de uma análise da liberdade de expressão, a questão é se o caráter verbal ou pictórico de materiais obscenos exige, em deferência aos princípios da liberdade de expressão, um modo diferente de análise, independentemente de argumentos relacionados à aplicação da moral, paternalismo ou conduta egoísta. Para o autor, essa separação das considerações sobre a liberdade de expressão de outros princípios é particularmente importante no contexto de uma discussão sobre obscenidade.<sup>597</sup>

Assim, esclarecido que devemos nos distanciar de questionamentos sobre moralismo e paternalismo, faz-se necessário aprofundar a questão principal sobre se a obscenidade pode ou não ser considerada como um ato de expressão coberto pelo princípio. Conforme explica Schauer, como as publicações obscenas são, por definição, verbais ou pictóricas, é natural supor que sejam uma forma de liberdade de expressão e que a sua regulamentação seja, conseqüentemente, um problema de liberdade de expressão. Contudo, para ele, se tivermos em mente que a palavra "expressão", no conceito de liberdade de expressão, é um termo da arte que guarda uma relação estreita com as justificativas subjacentes ao conceito de liberdade de expressão, então, se torna

---

596 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 180.

597 Ibidem.



menos claro que todas as formas de pornografia sejam necessariamente expressão neste sentido técnico.<sup>598</sup>

Nesse contexto, Schauer pede para supormos um exemplo extremo hipotético do que é comumente referido como “pornografia pesada”, como no caso de um filme de dez minutos de duração, cujo conteúdo todo consiste em uma representação colorida em *close* dos órgãos sexuais de um homem e de uma mulher que mantêm relações sexuais. Sobre esse exemplo, Schauer observa que esse filme não contém nenhuma variedade, nenhum diálogo, nenhuma música, nenhuma tentativa de representação artística e nem mesmo qualquer visão dos rostos dos participantes, sendo o filme exibido para clientes pagantes que, observando o filme, atingem o orgasmo instantaneamente ou são levados a se masturbar durante a exibição do filme.<sup>599</sup>

De acordo com o entendimento do autor, qualquer definição de “expressão” que incluísse este filme neste cenário estaria sendo bizarramente literal ou formalista, eis que aqui o vendedor está vendendo um produto com o objetivo de induzir estimulação sexual imediata. Schauer sustenta que praticamente não há diferenças em intenção e efeitos entre o exemplo da pornografia pesada em comparação com a venda de um auxiliar sexual de plástico ou vibratório, a venda de um corpo por meio da prostituição ou o próprio ato sexual. Assim, para o autor, em sua forma mais extrema, a pornografia pesada é um auxiliar sexual, nem mais nem menos, sendo o fato de não haver contato físico apenas fortuito.<sup>600</sup>

Daí que, segundo Schauer, a recusa em tratar a pornografia pesada como expressão no sentido técnico em questão é baseada na crença de que esse item pornográfico prototípico compartilha mais das características da atividade sexual do que da comunicação. O autor destaca que a pornografia pesada assume forma pictórica ou linguística apenas porque alguns indivíduos alcançam a gratificação sexual dessa forma. Novamente, Schauer pede para imaginarmos uma analogia com um sujeito indo para uma casa de prostituição e, de acordo com suas preferências sexuais particulares, solicitando que duas prostitutas tenham atividade sexual uma com a outra enquanto ele fica excitado. O autor relata que, tendo alcançado a satisfação sexual dessa maneira, o sujeito paga seu dinheiro e vai embora, nunca tendo tocado em nenhuma das prostitutas. Schauer diz para considerarmos ainda os acessórios sexuais de borracha, plástico ou couro, ocasiões em que, segundo ele, seria difícil encontrar problemas de liberdade de expressão em sua venda ou uso. A partir de tais exemplos e analogias, o autor destaca que o mero fato de

---

598 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 181.

599 Ibidem.

600 Ibidem.

que na pornografia a experiência estimulante é iniciada por meios visuais e não táteis é irrelevante se todos os outros aspectos da experiência são iguais. Segundo Schauer, apesar de serem usados olhos e ouvidos na pornografia pesada, esses incidentes não são mais comunicativos do que qualquer outra experiência com uma prostituta ou com acessórios sexuais, razão pela qual a pornografia pesada não representa um caso de liberdade de expressão.<sup>601</sup>

De fato, o autor reconhece que é possível argumentar que o objetivo da pornografia seja apresentar as atividades descritas como desejáveis, ou apresentar uma visão de abertura sexual. No entanto, Schauer frisa que se esse for o propósito, não estaremos mais lidando com pornografia pesada, pois o que define essa categoria para o autor é a sua falta de apelo intelectual intencional. De acordo com o autor, a liberdade de expressão não teria limites se não pudéssemos fazer uma distinção, ainda que vaga, entre a comunicação e o potencial comunicativo dos atos físicos.<sup>602</sup>

Nessa altura, Schauer acrescenta que é importante reconhecermos também a distinção entre a militância e a própria conduta. Segundo o autor, uma coisa é sugerir ou argumentar que a pornografia é boa ou que as leis que a proíbem devem ser revogadas. Em contrapartida, o autor ressalta que a pornografia em si não é essa defesa, é o ato, e confundir o ato com a sua defesa é, para ele, um erro substancial na análise da liberdade de expressão. Schauer destaca que, implícito no reconhecimento da liberdade de expressão como um princípio distinto, está a noção de que podemos separar a defesa de um ato do próprio ato, mesmo que o ato possa conter alguns elementos dessa militância. Assim, para ele, embora os argumentos a favor do sexo sejam cobertos pelo Princípio da Liberdade de Expressão, o sexo não é, eis que o sexo em si não é um problema de liberdade de expressão. E se o sexo não é coberto, Schauer conclui, então, que o sexo bidimensional não é mais coberto do que o sexo tridimensional e o sexo visual não é mais coberto do que o sexo tátil. Para o autor, é essa concepção da pornografia como sexo e nada mais que explica a sua exclusão da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>603</sup>

Daí que, quanto à pornografia pesada, Schauer destaca que o princípio da liberdade de expressão não é relevante para determinar se ela deve ser regulamentada. Contudo, para o autor, dessa irrelevância do princípio da liberdade de expressão, não se segue que a pornografia pesada deva necessariamente ser regulamentada, eis que permanecem abertas sérias questões de privacidade, escolha e a relação da lei com a

---

601 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 181, 182.

602 Ibidem, p. 182.

603 Ibidem, p. 182, 183.



moralidade que podem argumentar contra a regulamentação da pornografia. Com efeito, para Schauer, pode até haver um Princípio do Sexo Livre. A questão para ele é apenas que a discussão sobre o controle da pornografia pesada não é uma questão de liberdade de expressão, razão pela qual obscurecemos a investigação quando falamos de liberdade de expressão, em vez de questões relevantes de privacidade, escolha, autonomia e o papel do governo.<sup>604</sup>

Contudo, é importante ressaltar que, para Schauer, essa categoria da pornografia pesada que não é significativamente comunicativa é apenas um pequeno subconjunto do universo dos atos pictóricos e linguísticos e de todo o material impresso que trata do sexo. Sob quase qualquer justificativa, para um Princípio da Liberdade de Expressão, Schauer enfatiza que a defesa de uma moralidade sexual diferente é coberta pelo Princípio, assim como a defesa do adultério, homossexualidade, sadomasoquismo, pederastia, podolatria, bestialidade ou o que quer que seja claramente comunicativo e esteja dentro da cobertura de qualquer Princípio da Liberdade de Expressão moderadamente amplo.<sup>605</sup>

Dessa mesma forma, para o autor, a transmissão de informações sexuais com o propósito de informar também é coberta, como o conteúdo informativo de um manual de instrução sexual ou relatos antropológicos, sociológicos, médicos ou históricos sobre sexo, os quais estariam dentro do Princípio da Liberdade de Expressão. Por razões semelhantes, Schauer afirma que retratar ou descrever sexo na arte deve ser considerado como coberto por qualquer Princípio da Liberdade de Expressão que inclua arte, não importa quão explícita a representação sexual possa ser, pois se a arte é coberta, então, a arte sexual é coberta tanto quanto qualquer outro assunto de expressão artística.<sup>606</sup>

Esclarecida a cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão no que diz respeito ao obsceno, devemos recordar que a cobertura e a proteção são instâncias distintas da análise. Conforme observa Schauer, do fato de que a maioria das publicações de orientação sexual, exceto pornografia pesada, sejam cobertas pelo Princípio da Liberdade de Expressão, evidentemente não se extrai que essas publicações serão necessariamente protegidas pelo princípio, porque pode ser que alguns ou todos os argumentos apresentados em favor da regulamentação de materiais sexualmente explícitos sejam suficientes, pelo menos no que diz respeito a algumas classes de publicações, para superar a presunção contra a regulamentação estabelecida pelo Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>607</sup>

---

604 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 183, 184.

605 Ibidem, p. 184.

606 Ibidem.

607 Ibidem, p. 185.

Schauer considera que uma resposta definitiva a essa pergunta sobre a proteção implicaria em uma análise completa da evidência empírica e dos fundamentos filosóficos de cada argumento apresentado em apoio à regulamentação dos materiais sexuais, análise esta que ele considera não ser a sua pretensão. O autor ressalta que o que ele gostaria de destacar apenas é que, dado o alto ônus de justificativa estabelecido pelo Princípio da Liberdade de Expressão, o seu veredicto tanto quanto à evidência empírica quanto às justificativas filosóficas deve ser “não provado”. Com efeito, para o autor, embora as justificativas sejam boas, elas não são boas o suficiente para superar a forte presunção em favor da liberdade de expressão.<sup>608</sup>

No tocante à regulamentação, Schauer acrescenta ainda que, se eventualmente a pornografia pesada ou outras formas de material sexualmente explícito forem regulamentados, as regras legais estabelecidas para a identificação de tal material devem incorporar as noções de incerteza que discutimos ao longo do trabalho, eis que, para ele, a história da imprecisão na regulamentação de publicações obscenas exige que prestemos ainda mais atenção aqui à incerteza e à possibilidade de resultados errôneos do que na maioria das outras áreas de aplicação do Princípio da Liberdade de Expressão.<sup>609</sup>

Schauer ressalta que não está sugerindo que linhas claras sempre ou nunca possam ser traçadas, sendo que o mais provável, para ele, é que não possam. Contudo, segundo o autor, quaisquer que sejam os problemas do desenho de linhas é evidente que, em um extremo, existe material sem conteúdo proposicional, emotivo ou artístico. Assim, o autor destaca que se tivéssemos que construir a norma jurídica de uma forma que ela duplicasse da melhor maneira possível essa distinção abstrata entre o que deve ser regulamentado e o que não deve ser regulamentado, erros ainda ocorrerão. O autor observa que alguns desses erros seriam erros de regulamentação insuficiente, no sentido de que publicações que são pornografia pesada não seriam assim caracterizadas, e outros erros seriam erros de regulamentação excessiva, resultando em publicações que não são pornografia pesada e que seriam assim consideradas e, portanto, punidas. No entanto, em conformidade com o que Schauer observou ao longo da sua obra sobre liberdade de expressão, também nesse ponto o autor ressalta que o reconhecimento e a adoção de um princípio de liberdade de expressão implicam na conclusão de que o erro de regulamentação excessiva deve ser tratado como um erro mais sério do que o erro de regulamentação insuficiente.<sup>610</sup>

---

608 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 185, 186.

609 Ibidem, p. 186.

610 Ibidem, p. 183, 186.

Considerando que um tipo de erro é mais sério do que outro, Schauer frisa que definir a regra legal no mesmo ponto em que definiríamos a “linha ideal” é um erro, porque pressupõe que os dois tipos de erro causados pela incerteza são de igual perigo. Para evitar esse erro, segundo o autor, devemos afastar a regra legal da linha ideal e criar uma regra legal que, na prática, proteja parte da pornografia pesada. Ao afastar a regra legal real da regra ideal e movê-la na direção adequada, Schauer observa que criamos uma “zona de segurança” projetada para refletir o peso especial dos interesses da liberdade de expressão e para minimizar os erros de liberdade de expressão, mesmo que o resultado seja aumentar o número de erros do tipo oposto. Novamente, o autor destaca aqui que não pretende entrar na formulação precisa das regras jurídicas, apenas deseja enfatizar a importância de distorcer essas regras para refletir os princípios da incerteza e do dano comparativo do erro.<sup>611</sup>

Por fim, o autor observa que os pontos anteriormente discutidos relativos à identificação da pornografia em obras específicas são mais aplicáveis ao controle da obscenidade por meio do uso do direito penal. No entanto, Schauer ressalta que outras formas de controle também são possíveis, dentre as quais uma, que tem recebido considerável atenção recentemente, é a da restrição sem proibição. Como exemplo dessa situação, o autor cita os estabelecimentos que lidam com materiais sexualmente explícitos, como livrarias e teatros “adultos”, e que podem ser autorizados a funcionar, mas com restrições quanto à localização ou ao tipo de publicidade permitida no exterior do estabelecimento, evitando ofender a sensibilidade dos transeuntes. O autor explica que esse tipo de abordagem tem um apelo considerável porque lida com algumas das justificativas para o controle de tais materiais, ao mesmo tempo em que permite o acesso daqueles que os desejam com relativa facilidade. Para Schauer, na medida em que tais restrições cobrem apenas o que poderia ser chamado de pornografia pesada, essas restrições não criam problemas de liberdade de expressão, eis que, como vimos, tal material está totalmente fora da cobertura do Princípio da Liberdade de Expressão. O problema surge para ele quando as definições empregadas no mecanismo restritivo vão além da pornografia pesada.<sup>612</sup>

De acordo com o autor, em muitos casos, as restrições à localização ou à forma de distribuição podem ter sérios efeitos no impacto comunicativo de uma publicação, pois se um jornal ou revista séria que contenha algum assunto de orientação sexual deve ser restrito quanto aos locais em que pode ser vendido, então, essa mensagem alcançará muito menos pessoas, ou pelo menos uma classe diferente da população. Schauer

---

611 SCHAUER. **Free Speech**: a philosophical enquiry, 1982, p. 186, 187.

612 Ibidem, p. 187.

ressalta que o mesmo vale para filmes que podem ser restritos a certas áreas porque têm nudez, violência ou linguagem grosseira, situações em que o resultado provavelmente será que algumas mensagens sérias não atingirão um público tão amplo quanto poderia ser o caso, ou que os editores mudarão suas publicações para remover usos legítimos de nudez, referências sexuais ou linguagem grosseira. Segundo o autor, qualquer uma dessas consequências acarreta sérios problemas de liberdade de expressão, especialmente sob as justificativas para a liberdade de expressão que enfatizam os interesses do destinatário ou da sociedade em geral, ao invés de meramente os interesses do orador. Com efeito, Schauer frisa que isso não quer dizer que nenhuma restrição seja apropriada, mas apenas que os esquemas de restrição geográfica ou restrições semelhantes devem levar em conta até que ponto as publicações de valor indiscutível de liberdade de expressão perderão muito de seu efeito por serem atraídas para uma rede projetada, principalmente, para restringir materiais com pouco ou nenhum valor de liberdade de expressão.<sup>613</sup>

---

613 SCHAUER. **Free Speech: a philosophical enquiry**, 1982, p. 187, 188.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente investigação tivemos como objetivo apresentar o princípio da liberdade de expressão, da forma como ele é compreendido, defendido e questionado por Schauer. Com tal objetivo, estruturamos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, revisamos a abordagem de Schauer acerca dos argumentos que foram tradicionalmente utilizados para a fundamentação do Princípio da Liberdade de Expressão, as suas premissas, pontos fortes e fracos. Em seguida, no segundo capítulo, tratamos sobre questões de ordem prática relativas à descrição e à aplicação do princípio. Já no último capítulo elencamos algumas situações fáticas nas quais a liberdade de expressão se apresenta como um elemento relevante na definição do tratamento jurídico aplicável.

Antes de aprofundar a investigação, ressaltamos no início que Schauer aborda a liberdade de expressão como um princípio hipotético, cuja efetiva existência deve ser mostrada mediante análise da subsistência dos seus pressupostos filosóficos para que se reconheça a autonomia principiológica da liberdade de expressão, em detrimento a princípios gerais de liberdade. A partir dessa premissa de que a existência do princípio é apenas uma hipótese que necessita ser testada, vimos que Schauer analisa uma série de argumentos distintos que, ao longo da história, foram utilizados para justificar a validade e a autonomia do princípio da liberdade de expressão. O relato da análise de Schauer acerca de cada um desses argumentos foi o objeto do primeiro capítulo do trabalho.

Dentro desse relato dos argumentos a favor da liberdade de expressão discutimos, em primeiro lugar, o argumento da verdade para o Princípio da Liberdade de Expressão, o qual é considerado por Schauer como o mais dominante e perseverante de todos. Observamos que, de acordo com esse argumento, a ideia é que a discussão aberta com um livre intercâmbio de ideias e liberdade para investigar e criticar são condições necessárias para o processo de busca da verdade, em detrimento da falsidade. A crítica consistiu no ponto de que, para Schauer, a teoria da sobrevivência no mercado de ideias não consegue demonstrar o porquê ou como a discussão aberta leva ao conhecimento. Mesmo assim, o argumento se revelou útil por destacar a falibilidade humana e dos processos governamentais.

Em seguida, conforme o argumento da democracia vimos que, para Schauer, a liberdade de expressão é necessária para dois propósitos principais: fornecer ao eleitorado soberano a informação necessária para o exercício desse poder soberano e para tornar possível a responsabilização de autoridades governamentais como servidores públicos perante os seus senhores, quais sejam, a população em geral. A fraqueza do

argumento se revelou na medida em que o argumento da democracia pode entrar em colapso na própria concepção particular de democracia a partir do qual ele é gerado, no sentido de que a aceitação dessa visão da democracia implica na aceitação do poder do soberano de restringir a liberdade de expressão. Para Schauer, este paradoxo apenas pode ser resolvido quando olhamos para a ideia de participação igualitária de todas as pessoas nos processos de governo, o que, entretanto, tornou o livre acesso à informação mais uma questão de respeito pela dignidade individual, escolha individual e tratamento igual para todos os indivíduos, do que uma ideia fundamentada na noção de soberania que fundamenta o argumento da democracia. No entanto, vimos que, para o autor, a liberdade de criticar o governo também tem o benefício de atuar como um freio aos instintos de sobrevivência de organizações governamentais que se autoperpetuam e, assim, a liberdade de expressão pode ser uma parte importante de um sistema de governo baseado na separação de poderes e em freios e contrapesos.

Quanto ao argumento da autorrealização como potencial fundamento para o princípio da liberdade de expressão, identificamos que o argumento apresentou como premissa o homem em um esforço contínuo por melhoria e autodesenvolvimento, enquanto principal componente de sua felicidade, e a livre comunicação como parte integrante desse objetivo. O problema do argumento, para Schauer, foi que outros têm a mesma probabilidade de estar satisfeitos com outras liberdades, ou de preferir a segurança ou a anestesia intelectual que acompanham controles rígidos da expressão, além de que também não fornece uma razão para proteger as atividades autoexpressivas que podem causar danos a outras pessoas. A partir de tais considerações, o autor concluiu que embora o argumento da autorrealização possa ser importante para a liberdade de uma forma ampla, ele não nos diz nada em particular sobre a liberdade de expressão, sendo logicamente incapaz de gerar um verdadeiro Princípio da Liberdade de Expressão.

Abordamos também o argumento da dignidade, o qual teve como fundamento a ideia de que se aceitarmos a importância de tratar cada pessoa com igual respeito e de tratar cada pessoa como valiosa de forma independente, devemos tratar as escolhas de cada pessoa com igual respeito também. Para Schauer, a crítica do argumento residiu no fato de que a dignidade está intimamente relacionada com as ações em si mesmas e, se estiver relacionada à ações instrumentais, parece fora do lugar. Como apenas um pequeno grupo de enunciados diz respeito à ações em si mesmas, o autor ressaltou que o princípio da dignidade não oferece nenhuma justificativa para um Princípio da Liberdade de Expressão que proteja a expressão com consequências possivelmente desagradáveis.

Na sequência, no tocante ao argumento da diversidade, observamos que a

expectativa do argumento é a de que o jogo livre da escolha individual produza uma ótima variedade nas opiniões expressas e nas escolhas feitas. Ocorreu que, para Schauer, falar de diversidade é apenas uma maneira alternativa de dizer que todas as vantagens da abordagem falibilista para o argumento da verdade são aumentadas quando multiplicamos o número de alternativas e desafios disponíveis, razão pela qual não foi constatado quase nada de revolucionário nesta observação. Contudo, embora esta posição se sobreponha ao argumento da verdade, Schauer entendeu que, mesmo assim, ela adiciona um embelezamento importante por nos lembrar que, na maioria dos casos, um número maior de alternativas e desafios aumenta a probabilidade de reconhecermos o erro e assim avançar o estado do conhecimento.

Ainda, examinamos o argumento da autonomia a partir da sua premissa de que se a decisão final couber ao indivíduo, então, a decisão desse indivíduo deve ser tão informada e inteligente quanto possível e, por isso, o material de informação para esta decisão individual não deve ser restringido. Para Schauer, essa foi basicamente a mesma ideia do argumento da democracia de que o governo não pode pré-selecionar informações disponíveis para o eleitorado soberano, com a diferença de que a autonomia vê a questão da perspectiva da soberania individual e não da soberania eleitoral. Apesar das críticas, ressaltamos que para Schauer o argumento da autonomia representa uma contribuição significativa para a teoria da liberdade de expressão, na medida em que é um argumento dirigido especificamente ao discurso, além de ser importante porque enfatiza a liberdade de expressão como um princípio embasado em uma linha de demarcação entre o indivíduo e o governo.

Discutimos, então, o argumento do desafio intelectual, o qual considera a falsa doutrina como um ginásio de exercícios intelectuais para produzir mentes mais fortes. Vimos que, para Schauer, o ponto negativo do argumento é que ele tem como premissa uma visão otimista de como as pessoas reagem à falsidade, ao passo em que da mesma forma como acontece com o argumento da verdade, segundo o autor, a falsidade costuma ser mais atraente para muitas pessoas do que a verdade.

Examinamos também o argumento da contraprodutividade da supressão, o qual defende que a supressão não serve aos objetivos que dão origem ao desejo de suprimir e que o ato de supressão é frequentemente pelo menos tão provável de promover a aceitação da visão errônea, quanto de promover a sua rejeição. Ressaltamos, contudo, que além de se basear em algumas suposições comportamentais questionáveis, segundo Schauer, o argumento de que a supressão é contraproducente tem aplicação limitada, tendo em vista que pressupõe que o objetivo da supressão é impedir que as pessoas acreditem na opinião errônea, o que nem sempre é o caso.

Na continuação relatamos o argumento da força, por meio do qual considera-se que a supressão é uma política imprudente porque se houver uma proibição de crítica à política oficial, então, aqueles que se opõem fortemente à política oficial serão mais propensos à violência. Novamente, a fraqueza do argumento foi a sua entrega a algumas especulações comportamentais questionáveis, como a assunção da premissa de que mais argumentos produzirão menos violência, como se a cada ser humano fosse concedido um *quantum* fixo de energia antigovernamental.

Indagamos ainda a hipótese de se os danos causados pela liberdade de expressão seriam ou não menores em grau do que outros danos, ou se seriam ou não mediados de forma diferente de outros danos, hipótese esta que fundamenta o argumento do dano menos grave. Considerando que a hipótese do dano menos grave também reconhece o mesmo ato de mediação mental da escolha do causador do dano que está presente quando não estamos falando sobre o discurso, para Schauer, a hipótese do dano menos grave também se mostrou falsa. E mesmo quando os danos decorrem não do risco de que o ouvinte faça algo a um terceiro e, sim, da simples escuta do ato de fala pela parte ofendida, vimos que, para Schauer, fica difícil fundamentar um princípio forte na proposição de que as feridas físicas sejam sistematicamente maiores do que as feridas que dependem mais da mente e menos das terminações nervosas.

O último argumento para um princípio da liberdade de expressão que discutimos foi o argumento da implicação negativa, o qual concentra-se nos perigos especiais da regulamentação, ao invés do lugar especial que a expressão enquanto espécie possa ocupar dentro do gênero de todas as atividades. Quanto a este argumento, embora o autor tenha apontado a necessidade de aprofundamento das investigações empíricas subjacentes, ressaltamos que, para Schauer, atos de supressão que se provaram errôneos parecem representar uma porcentagem desproporcional dos erros governamentais do passado, eis que, para o autor, a experiência mostra que os governos são particularmente ruins em censura e que são menos capazes de regulamentar a liberdade de expressão do que de regulamentar outras formas de conduta.

Após a exploração de todos os argumentos e fundamentos para um Princípio da Liberdade de Expressão, destacamos que, para Schauer, a doutrina da Primeira Emenda é agora enormemente complexa, consistindo na aplicação seletiva de um grande número de diferentes princípios, padrões e regras que não são passíveis de aplicação fácil ou mecânica. Ressaltamos que para o autor não existe um teste simples, unitário ou decisivo para determinar quando a Primeira Emenda é relevante e quando não é, qual é o nível de proteção que deve ser dado, quais princípios da Primeira Emenda devem ser usados em cada caso, em quais momentos e quais seriam os resultados recomendados. Frisamos



ainda que embora os argumentos sejam bastante distintos, com aplicação em diferentes circunstâncias e de maneiras conflitantes, Schauer não considera isso um fracasso, pois demasiada síntese poderia resultar em um princípio tão abstrato que se tornaria inútil ou trivial, ou em um princípio tão qualificado que dificilmente constituiria um princípio.

Mas apesar das diferenças apontadas, como vimos, o autor identificou também alguma consistência entre os argumentos apresentados que foram considerados com alguma validade, qual seja, o fato de que eles têm em comum uma ênfase na separação entre indivíduo e governo ou, dito de outro modo, uma demarcação de áreas de autoridade não totalmente congruentes. Schauer destacou que a liberdade de expressão é baseada em grande parte na desconfiança da capacidade do governo de fazer as distinções necessárias a respeito da liberdade de expressão, na desconfiança com a determinação governamental da verdade e da falsidade e no poder governamental em um sentido mais geral, além de uma apreciação pela falibilidade dos líderes políticos. A partir de tal consistência, o autor ressaltou que é possível resumir tudo o que foi dito com a afirmação de que o argumento mais convincente para um Princípio da Liberdade de Expressão é o que pode ser caracterizado como o argumento da incompetência governamental, na medida em que, por uma série de razões, pode ser que o poder do governo de regulamentar a liberdade de expressão deva ser mais limitado do que seus poderes em outras áreas de governança.

Concluída a revisão dos argumentos para um Princípio da Liberdade de Expressão, seus fundamentos teóricos, fortalezas e fraquezas, passamos para o segundo capítulo do trabalho, no qual, finalizada a premissa teórica do princípio, nos dedicamos ao exame e à descrição dos principais aspectos de ordem prática que devem ser considerados no contexto da aplicação do princípio.

O primeiro de tais aspectos foi a necessária distinção entre a cobertura e a proteção do princípio da liberdade de expressão. Nesse momento, vimos que a cobertura está relacionada ao domínio de comportamentos ao qual se aplica a presunção de cobertura, enquanto que a proteção está relacionada ao grau de resistência ou nível de força que este direito terá sobre as razões contrapostas a ele.

Em seguida, abordamos o questionamento de Schauer sobre se a distinção necessária da Primeira Emenda entre discurso e ação seria correta ou se seria fundamentalmente insustentável. Destacamos que, para o autor, a categoria do discurso é melhor compreendida como a categoria da comunicação, evidenciando que o que às vezes podemos entender como uma distinção entre discurso e ação é melhor concebido como uma distinção entre conduta comunicativa e não comunicativa. Com efeito, vimos que o autor admite que podem haver boas razões históricas para esculpir o discurso a

partir destas categorias mais amplas, mas, para ele, as razões não históricas para distinguir o discurso da ação não resistem ao escrutínio analítico rigoroso.

Passamos, na sequência, ao exame de qual é efetivamente o conteúdo coberto da comunicação dentro do Princípio da Liberdade de Expressão. Em primeiro lugar, destacamos o entendimento de Schauer de que “expressão” é apenas um termo da arte, um termo de linguagem técnica, cuja definição não pode ser derivada apenas do uso comum. Sendo a expressão apenas um termo da arte, segundo o autor, é inevitável que muitas formas de comunicação sejam devidamente excluídas da cobertura desse princípio. Ressaltamos ainda que, para Schauer, estamos idealmente procurando por uma definição prática do Princípio da Liberdade de Expressão que incorpore apenas as formas de comunicação que de alguma forma se relacionam com as razões para reconhecer tal princípio em primeiro lugar. O fundamento utilizado também foi apresentado como fator importante para a definição da área de cobertura, eis que a depender do fundamento ponderado, alguns deles produzirão áreas de cobertura mais amplas do que outros. Nesse ponto, Schauer destacou que não há razão para que haja apenas uma justificativa aceitável, fazendo com que a área de cobertura possa ser produzida a partir de uma série de justificativas sobrepostas.

Com efeito, vimos que é tentador supor que a linha entre o que está dentro e o que está fora seja suscetível de explicação teórica. No entanto, para Schauer, por mais que tentemos teorizar sobre qual discurso é coberto e qual discurso é descoberto, esforços em qualquer coisa perto de uma explicação do terreno existente de cobertura e não cobertura são inúteis. Ressaltamos que os limites da Primeira Emenda acabam sendo uma função de um conjunto complexo e aparentemente casuístico de fatores que não podem ser - ou pelo menos não foram - reduzidos ou explicados pela doutrina jurídica ou pelas ideias e ideais filosóficos do contexto da Primeira Emenda. Apontamos que a conclusão para Schauer é que, de um lado, se existe uma única teoria que pode explicar a cobertura da Primeira Emenda, ela ainda não foi encontrada, e de outro, se todas as teorias normativas historicamente reconhecidas e mencionadas judicialmente estão disponíveis - autoexpressão, autonomia individual, dissidência, deliberação democrática, a busca pela verdade, tolerância, verificação de abuso governamental e outras – então, a sua cobertura coletiva é grande ao ponto de ser de pouca ajuda para explicar o estado existente de cobertura. O autor destacou que se todas as teorias puderem ser recrutadas com o objetivo de justificar uma inclusão ou exclusão de cobertura, então, todo o trabalho não está sendo feito pelas teorias, mas por fatores ainda não articulados, evidenciando que a proliferação de teorias normativas produz um universo no qual os fundamentos reais para a inclusão e exclusão permanecem camuflados com sucesso. Daí porque, para

o autor, pode ser mais promissor mudar de curso e considerar a possibilidade de que a explicação mais lógica dos limites reais da Primeira Emenda possa vir menos de uma teoria e mais do meio político, sociológico, cultural, histórico, psicológico e econômico em que a Primeira Emenda existe e a partir do qual se desenvolveu.

Com essa sinalização acerca da necessidade de avaliação do contexto em que a Primeira Emenda existe, apresentamos o magnetismo da Primeira Emenda enquanto característica específica da jurisdição norte-americana. Schauer frisou que em um mundo que muitas vezes vê a obsessão da América com a liberdade de expressão como um reflexo de uma negligência insensível a outros valores conflitantes importantes, nos Estados Unidos, a Primeira Emenda, liberdade de expressão e liberdade de imprensa fornecem considerável poder retórico e autoridade argumentativa e uma considerável pressão externa sobre os limites da Primeira Emenda.

Observamos também que o magnetismo da Primeira Emenda reflete o excepcionalismo da cultura americana. Nesse contexto, revisitamos as três hipóteses elencadas por Schauer para explicar este excepcionalismo: o fato de que a maioria dos interesses que são tipicamente tomados como justificativas de restrições à liberdade de expressão em todo o mundo não estão na Constituição dos Estados Unidos, uma possível preferência norte-americana pela liberdade, em detrimento da igualdade, e a existência de uma cultura própria de desconfiança dos cidadãos norte-americanos.

Prosseguindo no exame dos principais aspectos de ordem prática acerca do Princípio da Liberdade de Expressão, identificamos ainda a existência de questões importantes sobre as dimensões da coerção. Vimos que, para Schauer, pode ser útil que nos perguntemos sobre se a liberdade de expressão é mais do que apenas liberdade de sanção ou controle governamental, isto é, se a liberdade de expressão é um conceito que incorpora em alguns casos mais de uma noção de liberdade *para* e não liberdade *de*. Revisamos ainda outra consideração importante sobre a coerção que diz respeito ao seu momento e, mais especificamente, sobre a validade da crítica histórica acerca da censura prévia, a qual, segundo o autor, concentra-se no momento amplamente irrelevante da restrição, ao passo em que o importante é a identidade e a discricionariedade daqueles que restringem e não o momento da restrição.

Em seguida avaliamos a existência dos danos decorrentes da liberdade de expressão e a classificação teórica do autor destes danos em três espécies: os danos da militância, os danos da agressão verbal e os danos aos participantes. Desagregar o domínio dos danos associados à liberdade de expressão apresentou-se como importante porque cada espécie de dano tem características particulares, bem como porque os casos de liberdade de expressão envolvendo dano genuíno parecem, para o autor, muito mais

prováveis de implicar ou mesmo exigir avaliações empíricas. Schauer destacou também que os danos são custos, mesmo que nem sempre financeiros, na medida em que sempre que a Primeira Emenda prevalece em um caso de discurso prejudicial, isto significa que algum dano não será reparado. O autor ressaltou que mesmo que nada possa ser feito a respeito, devemos ao menos estar alertas para os custos dos direitos e para o fato de que esses custos raramente são suportados igualmente, ou mesmo de forma justa.

Analisamos ainda a relação entre a liberdade de expressão e os fatos demonstráveis. Apesar dos muitos e substanciais danos da liberdade de expressão que envolve a falsidade factual, para o autor, nos Estados Unidos há pouca base para argumentar que abordar estes danos por meio de restrição governamental seria constitucionalmente permissível, em razão do peso geral da tradição da liberdade de expressão americana. Quanto ao que pode ser feito para lidar com esse problema aparentemente crescente da falsidade factual, o autor destacou que não há uma resposta fácil para essa pergunta, mas qualquer resposta deve começar onde a Primeira Emenda termina. Segundo Schauer, a Primeira Emenda pode ter sido ineficaz para lidar com o problema da falsidade factual pública não apenas por causa das deficiências empíricas do modelo de mercado de ideias, mas também porque foi projetada para servir a um propósito bastante limitado de prevenir a supressão do governo, ao invés de servir como garantidora da exatidão ou da qualidade em geral do debate público.

Passamos, então, ao exame da colisão do princípio da liberdade de expressão. Considerando que a liberdade de expressão não é e não pode ser um direito absoluto, frisou-se que, segundo o autor, não há como evitar a difícil tarefa de avaliar a força dos interesses da liberdade de expressão, a força dos interesses opostos e a ponderação entre os dois. Para Schauer, se o desenho das regras não reflete pelo menos algum desequilíbrio para minimizar os erros da liberdade de expressão, mesmo ao custo de aumentar outros erros, então, não estamos incorporando o Princípio da Liberdade de Expressão em nossas instituições. A partir dessa escolha, o autor reiterou que os perigos permitidos são o preço que pagamos por aceitar o Princípio da Liberdade de Expressão, sendo a questão difícil determinar o nível em que o número ou os efeitos dos perigos permitidos se torna intolerável ao ponto de que a sua força total supere o peso unitário reconhecidamente mais forte da liberdade de expressão.

Por fim, acrescentamos também uma forma alternativa de compreensão da dinâmica entre os direitos, a qual foi chamada por Schauer de concepção estruturalista. Nessa visão estruturalista, vimos que os direitos são meios de realizar vários bens comuns, ao invés de serem proteções para interesses individualistas contra julgamentos

coletivos sobre esses bens comuns. Assim, destacou-se que as proteções concedidas pelos direitos não são justificadas porque protegem esses interesses individualistas, mas porque os direitos protegem várias esferas ou domínios da intrusão governamental, com base em razões que a Constituição trata como inadmissíveis para o governo agir nessas esferas.

A partir daí surgiu o fundamento para a crítica de Schauer acerca da retórica individualista em torno dos direitos da Primeira Emenda, as quais são, segundo o autor, muito parecidas com as críticas que os realistas jurídicos levantaram contra os excessivos modos conceituais de pensamento associados ao formalismo jurídico. O autor enfatizou que o discurso público da Primeira Emenda se desviou para um nível muito alto de abstração e generalidade, ao ponto de não poder mais dar sentido aos próprios casos reais. Para Schauer, em contrapartida, não existe um direito geral de liberdade de expressão ou um valor ou interesse geral que a liberdade de expressão proteja, sendo que sugerir o contrário implicaria na reificação da liberdade de expressão em uma concepção excessivamente abstrata. No contexto da Primeira Emenda, vimos que, para Schauer, a tarefa adequada não é definir as implicações apropriadas da liberdade, autonomia ou dignidade individual em algum tipo de isolamento das práticas sociais nas quais o discurso ocorre e, sim, definir os domínios relevantes que a Primeira Emenda trata como relativamente autônomos e determinar os tipos de razões que deveriam ser as bases permissíveis e não permissíveis para a ação do Estado nestes domínios.

Em conformidade com essa necessidade apontada pelo autor de estarmos mais atentos aos domínios específicos nos quais se aplica a liberdade de expressão, com as suas práticas reais existentes, vimos, no terceiro e último capítulo, três situações ou domínios nos quais a liberdade de expressão tradicionalmente surge como um aspecto importante.

A primeira situação específica revisitada foi o caso do discurso de ódio e a excepcionalidade com a qual o tema é tratado nos Estados Unidos. Schauer reiterou que a jurisdição norte-americana persistentemente se apegue à posição de que tais restrições com base no ponto de vista expresso são incompatíveis com os princípios fundamentais da Primeira Emenda, não importando quão odioso, negador de igualdade ou simplesmente errado esse ponto de vista possa ser. De acordo com o autor, essa característica reflete uma divisão mais profunda entre os Estados Unidos e o resto do mundo em questões de liberdade de expressão, em razão do entendimento norte-americano de que os princípios da liberdade de expressão não permitem que o governo distinga o discurso protegido do desprotegido, com base no ponto de vista adotado.

Em seguida, abordamos o caso da difamação, ocasião em que vimos que os

argumentos tradicionais a favor da liberdade de expressão optaram por evitar o problema ao considerar a difamação simplesmente como uma exceção aos princípios da liberdade de expressão. Schauer ponderou, em contrapartida, que se a mera existência de dano exclui enunciados do escopo do Princípio da Liberdade de Expressão, o Princípio da Liberdade de Expressão torna-se coextensivo com um Princípio do Dano e o primeiro não é mais uma doutrina distinta da filosofia política. Observamos que o mais realista, para Schauer, seria olhar para a imprecisão existente em qualquer sistema de aplicação de penalidades legais e o efeito dessa imprecisão sobre a conduta humana, no sentido de que uma regra que penaliza a falsidade factual pode penalizar a verdade e induzir alguma autocensura quanto a afirmações que são de fato verdadeiras.

Tratamos, por fim, da questão do obsceno. Ressaltamos que, para Schauer, sob quase qualquer justificativa para um Princípio da Liberdade de Expressão a defesa de uma moralidade sexual diferente é coberta pelo Princípio, assim como é coberta a transmissão de conteúdo informativo de um manual de instrução sexual, relatos antropológicos, sociológicos, médicos ou históricos sobre sexo, bem como quaisquer manifestações artísticas envolvendo sexo. No tocante à pornografia, considerando que a palavra “expressão” é um termo da arte que deve guardar uma relação estreita com as justificativas subjacentes ao conceito de liberdade de expressão, Schauer ponderou que se torna menos claro que todas as formas de pornografia sejam necessariamente expressão neste sentido técnico, especialmente aquela que o autor chamou de pornografia pesada.

Após a revisão do trabalho de Schauer acerca da liberdade de expressão, não há dúvida de que em razão da riqueza e da multiplicidade de aspectos que foram trabalhados pelo autor haveria um número incontável de possíveis repercussões e interlocuções que mereceriam destaque neste momento. Abordaremos três delas, as quais foram arbitrariamente consideradas como as principais.

Em primeiro lugar, o que podemos levar da investigação é que com o surgimento ao redor do mundo de governos que sofisticadamente se apresentem de forma democrática, ao mesmo tempo em que exibem algumas características autocráticas<sup>614</sup>, renova-se a percepção da importância dos pilares da democracia, dentre os quais evidentemente se insere a liberdade de expressão. Soma-se a esta percepção renovada da importância destes pilares, o que se percebeu da influência que as notícias falsas tiveram nas eleições mundiais nos últimos anos e o debate que daí decorreu na comunidade acadêmica acerca do papel e do lugar da liberdade de expressão nesse

---

614 Cf. SCHEPELLE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 85, nº 2, p. 545-583, 2018.

contexto, com posições favoráveis e posições contrárias à regulamentação. Com efeito, ainda que a questão das notícias falsas não seja exatamente nova<sup>615</sup>, a questão somou-se ao revelado uso ilegal de dados pessoais e de inteligência artificial para direcionamento personalizado e massificado de notícias falsas ao seu público alvo específico, gerando uma escala nunca antes vista de alcance e engajamento, e com grande influência no resultado de eventos internacionais políticos importantes, como o Brexit e a eleição de Donald Trump. No Brasil, a preocupação com a influência das notícias falsas nas últimas eleições e a discussão correspondente também teve natureza semelhante e é uma preocupação que ainda permanece presente e sem resposta definitiva<sup>616</sup>.

Conforme vimos no tópico sobre a relação entre a liberdade de expressão e os fatos demonstráveis e também no tópico sobre os danos decorrentes do discurso, o discurso, os símbolos, as imagens e todo o objeto de cobertura do princípio da liberdade de expressão não são inertes, no sentido de que, em muitos aspectos, podem ter consequências reais e prejudiciais aos seres humanos e à qualidade do debate democrático. E há, como vimos, um verdadeiro estado de hiperconexão digital que potencializa o valor positivo e negativo do discurso e da informação. Além do valor negativo já referido acima, o valor positivo está, por exemplo, no fato de que há uma aproximação entre representante e representado no atual sistema de democracia indireta que visa reforçar a legitimidade do processo e, também, no fato de que este maior acesso à informação diminui – ainda que não resolva - a desigualdade de oportunidades antes apenas disponíveis à uma pequena minoria. Não cabe aqui avaliar qual valor é o maior, se o positivo ou o negativo e, também, sequer haveria muito sentido em tal análise, na medida em que, para o bem ou para o mal, este estado de hiperconexão digital é um dado que dificilmente irá mudar. O que é certo e natural é que este estado de coisas relativamente novo faça com que seja necessário reavaliarmos o papel e o propósito de institutos jurídicos que nos últimos séculos sempre estiveram de algum modo presentes, como o princípio da liberdade da expressão e a sua proteção aos discursos causadores de danos e relativos a fatos demonstravelmente falsos, ainda que para manter estes institutos exatamente iguais. Diante deste novo cenário é, portanto, compreensível que

---

<sup>615</sup> De fato, a despeito dos novos entornos conferidos por esta hiperconexão digital, como o uso ilegal de dados pessoais, de inteligência artificial para aumento do alcance de tais notícias e de outras características do contexto atual, a questão das notícias falsas não é recente, apenas ganha nova roupagem e mais complexidade. Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Fake News” e as Novas Ameaças à Liberdade de Expressão. In: José Eduardo Faria. (Org.). **A Liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, p. 37-62, 2020.

<sup>616</sup> SHALDERS, André. Eleição de 2020 terá mesmos problemas de fake news de 2018, dizem especialistas. **BBC**, Brasília, 25 jun. 2020. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53187041>>. Acesso em 26 maio 2021.

grande parte da discussão acadêmica esteja voltada ao reexame dos fundamentos e do propósito da liberdade de expressão.

Em segundo lugar, a investigação de Schauer acerca da liberdade de expressão também se torna interessante diante da tendência cada vez maior de trabalhos na área do direito constitucional comparado, especialmente aqueles que visam comparar o método categorial norte-americano que estabelece uma forte presunção a favor da liberdade de expressão no nível de formulação das regras e o método da ponderação entre valores no nível de aplicação dos princípios, como acontece na Europa continental, no Canadá e no Brasil. É um lugar-comum a afirmação de que tais trabalhos, idealmente, devam procurar mais descrição do que prescrição e estar atentos ao contexto particular de cada jurisdição<sup>617</sup>. Mesmo assim, é também inevitável que contenham alguns aspectos prescritivos<sup>618</sup>, em razão da esperança de que uma determinada abordagem do direito estrangeiro possa atenuar uma determinada adversidade no direito doméstico e sem a total percepção – decorrente dos próprios limites do conhecimento humano e da impossibilidade epistemológica de testarmos nossas especulações teóricas em contextos reais antes de eventual efetiva implementação - do que aquela determinada abordagem representaria no contexto doméstico e de quais seriam as consequências totais e exatas dessa inspiração de abordagem.

Sem dúvida, estudos acerca da liberdade de expressão sob a ótica do direito constitucional comparado, mesmo os normativos, nos apresentam dilemas e perspectivas interessantes acerca do nosso próprio direito doméstico, os quais merecem análise e aprofundamento. Nesse sentido é que a dificuldade inerente à metodologia do direito constitucional comparado, embora deva ser sempre lembrada e observada na medida do possível, não pode ser motivo de paralisação absoluta para a condução de tais estudos. O que não podemos fazer é perder de vista que os Estados Unidos têm uma tradição muito mais longa acerca da liberdade de expressão do que nós brasileiros, com um histórico de grande produção acadêmica a respeito de cada uma das suas repercussões. Em contrapartida, no Brasil, não existe um histórico ou uma cultura semelhante. As razões para essa falta certamente são variadas, porém, muito possivelmente relacionadas a uma influência grande dos sistemas europeus continentais de *civil law* e da sua tradição de ausência de uma preferência estabelecida pela liberdade, a qual, conforme vimos, pode figurar no mesmo nível hierárquico de outros princípios como a igualdade e a dignidade

---

617 Cf. TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67-83.

618 Cf. LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.



da pessoa humana, além da prevalência nestes sistemas de estilos de interpretação mais abertos, como o da ponderação.

Tendo em vista este contexto bastante distinto, é difícil ter segurança de que uma eventual inspiração no modelo norte-americano possa auxiliar na atenuação dos desafios enfrentados pelo atual tratamento jurídico da liberdade expressão no Brasil. Conforme vimos ao longo do trabalho, segundo a perspectiva de Schauer, a despeito da sua longa tradição, a experiência norte-americana também tem o seus próprios desafios e, assim, também não podemos imaginar que essa influência poderia ser integralmente positiva. Há também o ponto de que caso mudássemos de abordagem, ainda que uma mudança apenas de abordagem interpretativa e/ou doutrinária, naturalmente não saberíamos exatamente quais seriam as dimensões e os eventuais custos da implementação de uma nova abordagem.

Contudo, o dilema é realmente uma questão de especulação, na medida em que, da mesma forma como não sabemos quais seriam as eventuais repercussões negativas, também não podemos medir ou negar a possibilidade de eventuais avanços em termos de uma concretização maior da liberdade de expressão como decorrência de algum grau de inspiração<sup>619</sup>, tanto em seu tradicional aspecto negativo de respeito ao exercício da liberdade de expressão alheia, como em seu aspecto positivo e um pouco mais disputado, de garantia da qualidade dos discursos públicos livremente circulados.

Considerando a impossibilidade lógica e epistemológica de definirmos com segurança a resposta à esta indagação sobre se uma eventual inspiração no modelo norte-americano seria majoritariamente positiva ou negativa, bem como considerando a capacidade questionável que uma alteração de abordagem possa ter de influenciar comportamentos e culturas eventualmente em descompasso com tal abordagem, talvez a conclusão mais segura e sensata seja realmente o comentário de Schauer de que muito mais do que a Primeira Emenda nos causou estes desafios em matéria de liberdade de expressão e muito mais do que a Primeira Emenda será necessário para resolvê-los. De

---

<sup>619</sup> Existem hipóteses interessantes sobre essa possibilidade de avanço. De acordo com Ronaldo Porto Macedo Junior, a experiência legal norte-americana oferece lições importantes para as democracias latino-americanas, como o Brasil. Algumas destas lições são: uma compreensão mais refinada da natureza da linguagem em diferentes contextos de uso; maior experiência com dados empíricos que pode evitar conclusões precipitadas sobre as causas e consequências de discursos danosos e do silêncio, bem como sobre o efeito dissuasor da perspectiva de sanção; o reconhecimento da distinção entre a regulamentação neutra do conteúdo ou a regulamentação do conteúdo, com base no ponto de vista adotado; diferenciação dos contextos de aplicação do princípio da liberdade de expressão, como a grande mídia, as relações de trabalho e o ambiente acadêmico; criação de mecanismos e testes para o estabelecimento de critérios mais objetivos, como a doutrina do dano claro e iminente; criação de um antídoto poderoso contra o banalizado uso da ponderação, a partir de uma forte base conceitual e filosófica acerca da liberdade de expressão, tendo em vista que, para o autor, embora a ponderação possa ser útil em muitas áreas, ela não seria o único ou o melhor método a ser aplicado aos casos envolvendo liberdade de expressão. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista Direito GV*, vol. 13, n. 1, p. 274-302, jan./abr. 2017, p. 291-298.

fato, também é um lugar-comum a afirmação que naturalmente resulta dessa constatação, qual seja, a de que eventual resolução destes desafios passa muito mais pela via da educação e da conscientização, do que por uma alteração de abordagem jurídica. Mas, o fato de que esta constatação se trata de um lugar-comum também não deve ser um motivo cabal de demérito. As coisas constituem um lugar-comum ou um clichê geralmente por alguma razão amparada em motivos legítimos de experiência e frequência.

Contudo e também por diversas razões que não cabem aqui ser aprofundadas é provável que estejamos muito longe deste estado ideal de coisas no qual as pessoas têm consciência da relevância da proteção da liberdade de expressão, mesmo nos casos em que a opinião expressa é contrária ao que elas acreditam dentro do seu próprio sistema interno de crenças e valores, e no qual as pessoas têm total consciência da qualidade da informação que consomem e compartilham. Sendo assim, torna-se realmente e compreensivelmente tentador olhar com esperança para o lado da especulação que vê no comparativismo com o sistema norte americano, em razão da sua larga experiência e tradição, uma alternativa possível e acessível para o enfrentamento dos desafios domésticos acerca da liberdade de expressão.

Conforme destacado, não nega-se a possibilidade de eventuais avanços obtidos como consequência do estudo comparado prescritivo com a jurisdição norte-americana e os possíveis intercâmbios jurídicos benéficos entre os sistemas. O único ponto que tentamos destacar é que eventual prosseguimento nesse processo exige cautela e talvez um aprofundamento doutrinário sistemático até o momento não encontrado no Brasil. E se e quando for encontrado um novo caminho, cabe também recordar a necessidade daquele processo que foi referido por Schauer de tentativa, erro e acerto, em uma afinação contínua do peso ambivalente entre o avanço da liberdade de expressão e os custos que este avanço ocasiona.

Em terceiro lugar, o trabalho de Schauer acerca da liberdade de expressão se mostra também pertinente em razão do destaque dado à necessidade de investigação empírica. Seja quando está tentando desconstruir um determinado argumento ou premissa prevalecente na teoria da liberdade de expressão ou seja quando está tentando levantar uma hipótese contrária a uma destas premissas prevalecentes, em inúmeras oportunidades o autor encerra uma determinada provocação ou consideração com a advertência de que tal hipótese levantada dependeria de estudos empíricos a respeito para eventual confirmação ou rejeição. Embora de grande valia, lamentavelmente, a pesquisa empírica no direito não é suficientemente difundida, motivo pelo qual a consistente e reiterada ênfase de Schauer acerca da necessidade de investigação

empírica pode ou deve servir como inspiração para trabalhos importantes no campo da pesquisa empírica do direito e, mais especificamente, no campo da pesquisa empírica acerca das questões que tangenciam a temática do princípio da liberdade de expressão.

A urgência do meio aparenta exigir uma resposta a todos estes questionamentos. Dentro desse cenário, as várias indagações e os alertas que Schauer nos apresenta soam quase como um choque de realidade. Schauer exhibe um pensamento bastante lógico e estrutural, além de uma habilidade de argumentação destrutiva fora do comum, que desestabiliza as poucas premissas existentes acerca da liberdade de expressão. Embora essa característica um pouco destrutiva nos distancie por um momento da possibilidade de eventuais avanços como consequência da adoção de possíveis novas abordagens, esta mesma característica acaba se tornando positiva por formar um excelente ponto de partida para que o objeto dessa eventual nova abordagem seja pensado com a responsabilidade e a sensibilidade que o tema exige. São questionamentos que podem fazer com que as discussões acadêmicas, legislativas, e quiçá também populares em torno dos casos envolvendo a liberdade de expressão sejam mais honestas, na medida em que trazem grande consciência sobre as autolimitações e fraquezas do princípio da liberdade de expressão e, igualmente, dos sujeitos e das instituições que vão pensar, discutir e aplicar o princípio, expondo os seus interesses, vieses e incompreensões.

Arguidamente, talvez a única certeza que seja possível ter depois da investigação é que não existe resposta certa, única ou ideal. Assim, a sensação que o trabalho nos deixa – e evidentemente que esse é o nosso viés e leitura pessoal enquanto intérprete – é que o conjunto da obra de Schauer acerca da liberdade de expressão exige alguns passos para trás nessa movimentação atual de tentarmos encontrar uma resposta a todos os questionamentos envolvendo a liberdade de expressão para a vida contemporânea em sociedade. São alguns passos para trás naquilo que pensávamos que sabíamos sobre a liberdade de expressão, mas são passos para trás que também trazem uma certa esperança – ainda que possivelmente ingênua – da possibilidade de um eventual passo para frente – ainda que por ora longínquo –, em situações como, por exemplo, a eleição de uma política pública, um marco doutrinário para fins de aplicação judicial ou um ato legislativo que façam sentido para a tradição jurídica brasileira, e sempre dentro daquele processo de tentativa, erro e acerto e de afinação contínua que foi referenciado por Schauer. Frise-se, uma política, um marco ou um ato legislativo, eis que o ideal ou o absoluto são inalcançáveis dentro de um assunto complexo como a liberdade de expressão, o qual se relaciona diretamente com outros assuntos igualmente complexos, como a verdade, a democracia, a epistemologia, a relação entre princípios e tantos

outros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Lawrence; HORTON, Paul. The Impossibility of a Free Speech Principle, **Northwestern University Law Review**, Evanston, vol. 78, p. 1319-1357, 1983.

BERNSTEIN, Nina. A Free Speech Hero? It's Not That Simple. **The New York Times**, Nova Iorque, 22 dez. 1996. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1996/12/22/movies/a-free-speech-hero-it-s-not-that-simple.html>. Acesso em 18. jan. 2021.

BLASI, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. **American Bar Foundation Research Journal**, Chicago, vol. 2, n. 3, p. 521-649, 1977.

CLELAND, John. **Fanny Hill ou Memórias de uma mulher de prazer**. Porto Alegre: L&PM, 2006.

CROWLEY, Thomas M. Free Speech: a Philosophical Enquiry. By Frederick Schauer. **The American Journal of Jurisprudence**, Nova Iorque, vol. 29, p. 223-228, 1984.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EMERSON, Thomas. **The System of Freedom of Expression**. Nova Iorque, Random House, 1970.

EMERSON, Thomas. Toward a General Theory of the First Amendment, **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 72, p. 877-956, 1962.

GONÇALVES, Nicole P.S. Mader. Liberdade de expressão e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HAIMAN, Franklyn S. Free Speech: A Philosophical Enquiry. Frederick Schauer. **Philosophy & Rhetoric**, University Park, vol. 17, n. 3, p. 176-178, 1984.

LAWRENCE, David Herbert. **O Amante de Lady Chatterley**. 1. ed. São Paulo: Penguin – Companhia, 2010.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

LEITNER, Mark Matthew. Liberalism, Separation and Power. **Wisconsin Law Review**, Madison, vol. 67, p. 79-120, 1985.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Fake News” e as Novas Ameaças à Liberdade de Expressão. In: José Eduardo Faria. (Org.). **A Liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, p. 37-62, 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? **Revista Direito GV**, vol. 13, n. 1, p. 274-302, jan./abr. 2017.

MEIKLEJOHN, Alexander. Free speech and its relation to self-government. In: **Political freedom: the constitutional powers of the people**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1965.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011.

MILTON, John. **Areopagitica**. Cambridge: Cambridge University Press, 1918.

O'BRIEN, David M. Free Speech: A Philosophical Enquiry. By Frederick Schauer, **The American Political Science Review**, Nova Iorque, vol. 77 p. 1122-1123, 1983.

PANNICK, David. Free Speech: a Philosophical Enquiry by Frederick Schauer. **The Modern Law Review**, Nova Jersey, vol. 47, n. 1, p. 129-131, 1984.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates. Críton**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, 2015.

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

SCANLON, Thomas. A Theory of Freedom of Expression. **Philosophy & Public Affairs**, Nova Jersey, vol. 1, n. 2, p. 204-226, 1972.

SCHAUER, Frederick. **Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts**, Vanderbilt Law Review, Nashville, vol. 34, p. 265-307, 1981.

SCHAUER, Frederick. Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. p. 285-317. In: **The Supreme Court Review 1983**. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

SCHAUER, Frederick; PILDES, Richard H. Electoral Exceptionalism and the First Amendment. **Texas Law Review**, Austin, vol. 77, p.1803-1836, jun. 1999.

SCHAUER, Frederick. Expression and its Consequences. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 57(3), p.705-720, 2007.

SCHAUER, Frederick. Facts and the First Amendment. **UCLA Law Review** 57, Los Angeles, p. 897-919, 2010.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, **Boston University Law Review**, Boston, vol. 58, p. 685-732, 1978.

SCHAUER, Frederick. First Amendment Opportunism. **John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 00-011, 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=253832](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253832). Acesso em: 15. abr. 2021.

SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a philosophical enquiry**. New York: Cambridge University Press, 1982.

SCHAUER, Frederick. Free Speech and Obedience to Law. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 32, p. 661-674, 2017.

SCHAUER, Frederick. Free Speech on Tuesdays. **Law and Philosophy**, Nova Iorque, vol. 34, n.2, p. 119-140, 2015.

SCHAUER, Frederick. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, **SMU Law Review**, Dallas, vol. 70, p. 231-252, nov. 2017.

SCHAUER, Frederick. Harm(s) and the First Amendment. In: HUTCHINSON, Dennis J; STRAUSS, David A.; STONE, Geoffrey R (org.). **The Supreme Court Review 2011**. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

SCHAUER, Frederick. The Heroes of the First Amendment, **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 101, p. 2118-2133, 2003, p. 2118, 2119.

SCHAUER, Frederick; HO, Daniel. Testing the Marketplace of Ideas, **New York University Law Review**, Nova Iorque, vol. 90, p. 1160-1228, 2015, p. 1165.

SCHAUER, Frederick; KALB, Marvin; FORMAN, Milos. The People vs Larry Flynt and The First Amendment. **Harvard Kennedy School**, Institute of Politics, 5 fev. 1997. Disponível em: <https://iop.harvard.edu/forum/people-vs-larry-flynt-and-first-amendment>. Acesso em 18 jan. 2021.

SCHAUER, Frederick. Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter. **Virginia Law Review**, Charlottesville, vol. 64, n. 2, p. 263-302, 1978, p. 268.

SCHAUER, Frederick. Must Speech Be Special?, **Northwestern Law Review**, Chicago, vol. 78, n. 5, p. 1284-1306, 1983.

SCHAUER, Frederick. On the Distinction between Speech and Action. **Emory Law Journal**, Atlanta, vol. 65, n. 2, p. 427-454, 2015.

SCHAUER, Frederick. Out of Range: on patently uncovered speech. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 128, p. 346-453, jun. 2015.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxônia: Oxford University Press, 1981.

SCHAUER, Frederick. Principles, Institutions, and the First Amendment. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 112, p. 84-120, nov. 1998.

SCHAUER, Frederick. Reflections on the Value of Truth. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, vol. 41, n. 3, p. 699-724, 1991.

SCHAUER, Frederick. Social Construction of Privacy. **Social Research**, Baltimore, vol. 68, n. 1, p. 221-232, 2001.

SCHAUER, Frederick. Slippery Slopes. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 99, n. 2, p. 361-383, dez. 1985.

SCHAUER, Frederick. The Boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 117, n. 6, p. 1765-1809, abr. 2004.

SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. **John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series**, Cambridge, n. No. RWP05-021, fev. 2005. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=668543](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668543). Acesso em: 08 dez. 2020.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick. The Phenomenology of Speech and Harm. **Ethics**, Chicago, vol. 103, n. 4, p. 635-653, jul. 1993.

SCHAUER, Frederick. The Politics and Incentives of First Amendment Coverage, **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 56, n. 4, p. 1613-1636, 2015.

SCHAUER, Frederick. The Role of the People in First Amendment Theory. **California Law Review**, Berkeley, vol. 74 (3), p. 761-788, 1986.

SCHAUER, Frederick. The Second-Best First Amendment, **William and Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 31, p. 1-23, 1989.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**.



Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Towards an Institutional First Amendment. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, vol. 89, p. 1256-1279, 2005.

SCHAUER, Frederick. Uncoupling Free Speech, **Columbia Law Review**, Nova Iorque, vol. 22, p. 1321-1357, 1989.

SCHAUER, Frederick. Webinar: Truth, Falsity and Free Speech in Times of Crisis, **Centro de Estudos da Constituição (CCONS)**, 28 maio 2020, Disponível em: <https://www.facebook.com/ufprccons/videos/280328666473358>. Acesso em: 28 mai. 2020.

SCHAUER, Frederick. What is Speech? The Question of Coverage. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (eds). **The Oxford Handbook of Freedom of Speech**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021.

SCHEPELLE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, Chicago. vol. 85, nº 2, p. 545-583, 2018.

SHALDERS, André. Eleição de 2020 terá mesmos problemas de fake news de 2018, dizem especialistas. **BBC**, Brasília, 25 jun. 2020. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53187041>>. Acesso em 26 maio 2021.

SHAPIRO, Scott; COLEMAN, Jules; HIMMA, Kenneth. (eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (eds). **The Oxford Handbook of Freedom of Speech**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021.

TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67-83.

University of Virginia School of Law. **Frederick Schauer**: David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law. Faculty Profiles. Disponível em: <https://www.law.virginia.edu/faculty/profile/fs7t/1206076>. Acesso em 28 mar. 2021.

VAN MILL, David. "Freedom of Speech". In: ZALTA, Edward, N.(ed). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2021. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/freedom-speech/>>. Acesso em 26.05.2021.

YUDOF, Mark G. In Search of a Free Speech Principle. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 82, 4. ed., p. 680-708, 1984.